



Juez Héctor Fix-Zamudio

LIBER AMICORUM

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO



Unión Europea

**SECRETARÍA DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS**

**SAN JOSÉ, COSTA RICA
1998**

341.245

C827-1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. - San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.

[1686 p.]; 25 cm.

Contiene dos volúmenes
ISBN 9977-36-052-9

1. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
2. DERECHOS HUMANOS. 3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. 4. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. I. Presentación II.Título.

Primera Edición: Corte Interamericana de Derechos Humanos - 1998

Este documento se publica con financiamiento de la Unión Europea (UE).

Las opiniones expresadas en los textos son responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente las posiciones u opiniones oficiales de la Unión Europea ni de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De igual modo se ha hecho una revisión somera, no exhaustiva, del estilo y redacción de cada artículo, pero -en principio- se respetó el texto original suministrado por los autores.

© Corte IDH - 1998
Reservados todos los derechos
Hecho el depósito de ley
Este libro no puede ser reproducido en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diseño gráfico y diagramación: Marisol Molestina
Impresión: Litografía Bermúdez

LIBER AMICORUM

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

VOLUMEN II

TABLA DE CONTENIDO

Biografía	XVII
Publicaciones	XXI
Semblanza de Héctor Fix-Zamudio	XLVII
<i>Hernán Salgado Pesantes</i>	
Presentación. Honores y Justicia al Juez Fix-Zamudio	XLIX
<i>César Gaviria Trujillo</i>	
Contribución del Juez Héctor Fix-Zamudio a la Evolución Institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante los Años 1987 - 1997	LIII
<i>Manuel E. Ventura Robles</i>	
Lista de Autores	LXIX
Las Reservas en los Tratados de Derechos Humanos	1
<i>Hernán Salgado Pesantes</i>	
A Regra do Esgotamento dos Recursos Internos Revisitada: Desenvolvimentos Jurisprudenciais Recentes no Âmbito da Proteção Internacional dos Direitos Humanos	15
<i>Antônio Augusto Cançado Trindade</i>	
El Concepto de Derechos Fundamentales de la Persona Humana	45
<i>Máximo Pacheco Gómez</i>	

Educando para la Justicia	59
<i>Alirio Abreu Burelli</i>	
Raíz y Horizonte de los Derechos “Sociales” en la Constitución Mexicana	77
<i>Sergio García Ramírez</i>	
Responsabilidad del Estado y Responsabilidad Penal Internacional en la Protección Internacional de los Derechos Humanos	111
<i>Héctor Gros Espiell</i>	
El Estado Democrático en el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos	123
<i>Rafael Nieto Navia</i>	
El Manejo del Pasado y la Cuestión de la Impunidad en la Solución de los Conflictos Armados de El Salvador y Guatemala	143
<i>Pedro Nikken</i>	
El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos - El Ejemplo de Costa Rica	169
<i>Rodolfo Piza Escalante</i>	
El Derecho Interno y los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos	193
<i>Alejandro Montiel Argüello</i>	
Perfiles Éticos y Normativos del Derecho Humano a la Paz	205
<i>Asdrúbal Aguiar</i>	
Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional	243
<i>Julio A. Barberis</i>	
Violencia Doméstica y Derechos Humanos	255
<i>Rigoberto Espinal Irías</i>	
Hábeas Corpus y Libertad Individual: su Vigencia en una Débil Democracia	265
<i>Samuel B. Abad Yupanqui</i>	
La Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple (<i>Non Bis in Idem</i>) en el Caso Loayza Tamayo	279
<i>Domingo E. Acevedo</i>	
La Garantía de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea	301
<i>Luis Aguiar de Luque</i>	

Sistema Parlamentario, Sistema Presidencialista y Dinámica entre los Poderes del Estado. Análisis Comparado	313
<i>Manuel Aragón</i>	
El Procedimiento para la Adopción de Enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos	329
<i>Jean Michel Arrighi</i>	
Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos	341
<i>Carlos M. Ayala Corao</i>	
A Prática Jurídica no Domínio da Proteção Internacional dos Direitos do Homen (a Convenção Européia dos Direitos do Homen)	375
<i>José Alfredo de Oliveira Baracho</i>	
La O.I.T. y los Derechos Humanos del Trabajador	415
<i>Santiago Barajas Montes de Oca</i>	
Las Decisiones Judiciales como Fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	431
<i>Manuel Becerra Ramírez</i>	
Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos	447
<i>German J. Bidart Campos</i>	
La Acción de Amparo contra Leyes y demás Actos Normativos en el Derecho Venezolano	481
<i>Allan R. Brewer-Carías</i>	
Derecho a la Información, Derechos Humanos y Marco Jurídico	503
<i>Jorge Carpizo</i>	
The Inter-American Human Rights System: A Functional Analysis	521
<i>Douglass Cassel</i>	
El Estado de Derecho y los Derechos Humanos en México	539
<i>Juventino V. Castro y Castro</i>	
La Política Exterior de los Estados Unidos y los Derechos Humanos en América Latina	551
<i>Rodolfo Cerdas</i>	

<i>Habeas Corpus</i>	567
<i>Reinaldo Chalbaud Zerpa</i>	
A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia	587
<i>José Afonso da Silva</i>	
La Crisis del Concepto Político de Constitución en el Estado Social	593
<i>Pedro de Vega García</i>	
El Hábeas Data y su Desarrollo en el Perú	611
<i>Francisco J. Eguiguren Praeli</i>	
Efecto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Formulación del Presupuesto Nacional	627
<i>Gonzalo Elizondo Breedy - Fernando Ferraro Castro</i>	
<i>Habeas Data: Una Aproximación a su problemática y a su posible solución normativa</i>	643
<i>Oscar Luján Fappiano</i>	
Quelques Considérations sur les Droits de L'Homme	667
<i>Louis Favoreu</i>	
Los Nuevos Retos en la Tutela de los Derechos: Las Amenazas del Poder Informático y la Tutela de los Derechos Difusos	685
<i>Francisco Fernández Segado</i>	
El <i>Habeas Data</i> y su Configuración Normativa	715
(Con Algunas Referencias a la Constitución Peruana de 1993)	
<i>Domingo García Belaunde</i>	
El Valor Normativo de la Constitución Española de 1978	723
<i>Eduardo García de Enterría</i>	
Derechos Humanos y Acuerdos de Paz en Guatemala. 1997	733
<i>Jorge Mario García Laguardia</i>	
Respeto de los Derechos Humanos e Integración ¿Una Concordancia Asegurada?	743
<i>Diego García-Sayán</i>	
Derechos Humanos: Base - Desarrollo - Cambio	755
<i>Adolfo Gelsi Bidart</i>	

Irregular Combatants and Prisoner of War Status	767
<i>Robert Kogod Goldman</i>	

VOLUMEN II

Naturaleza de los Derechos Humanos y su Validez en Derecho Internacional Consuetudinario	785
<i>Alonso Gómez-Robledo V.</i>	

Protección de Derechos Humanos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . . .	801
<i>Jesús González Pérez</i>	

Los Efectos de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno	819
<i>Oswaldo Alfredo Gozaíni</i>	

Una Diferencia Importante: Explicación de la Manera Costarricense de Solucionar Diferencias Políticas	829
<i>Carlos José Gutiérrez</i>	

Jurisdicciones Declarativas de Atribución, Punición y Reparación en los Sistemas Internacionales de Tutela de los Derechos Humanos y del Derecho Humanitario	849
<i>Juan de Dios Gutiérrez Baylón</i>	

La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Prestacionales en el Sistema Interamericano en Relación con las Legislaciones Nacionales	863
<i>Rubén Hernández Valle</i>	

Diez Postulados sobre la Igualdad Jurídica entre el Varón y la Mujer	875
<i>Javier Hervada</i>	

El Proceso Supranacional (El Derecho Procesal Supranacional)	887
<i>Juan Carlos Hitters</i>	

El Debido Proceso en la Sociedad Contemporánea	907
<i>Arturo Hoyos</i>	

El Control Difuso de la Constitucionalidad de las Leyes en Venezuela	921
<i>Humberto J. La Roche</i>	

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Luz de las Decisiones de los Órganos Políticos de la OEA	931
<i>Enrique Lagos</i>	

El Concepto de Ciudadanía y su Contenido	947
<i>Paula Lizano Van der Laet</i>	
La Protección de los Derechos Fundamentales en el Proceso de Integración Europea	987
<i>Luis López Guerra</i>	
En Búsqueda de un Nuevo Sistema de Procuración de Justicia en México	1003
<i>Jorge Madrazo</i>	
A Duty to Investigate under the European Convention on Human Rights	1011
<i>Paul Mahoney</i>	
Los Derechos Humanos frente al Desarrollo de la Genética Humana	1025
<i>Víctor M. Martínez Bullé Goyri</i>	
El Derecho Humano de Acceso a la Justicia	1035
<i>Mario Melgar Adalid</i>	
The Cultural Property Dialogue	1049
<i>John Henry Merryman</i>	
As Relações entre Ordem Internacional e Ordem Interna na Constituição Portuguesa	1059
<i>Jorge Miranda</i>	
La Independencia del Juez, como Derecho Humano	1079
<i>Luis Paulino Mora Mora</i>	
O Habeas Data Brasileiro e sua Lei Regulamentadora	1097
<i>José Carlos Barbosa Moreira</i>	
El Cumplimiento de la Sentencia como Manifestación Efectiva del Proceso Justo	1115
<i>Augusto M. Morello</i>	
Soberanía y Derechos Humanos	1123
<i>César Moyano Bonilla</i>	
Algunos Aspectos sobre la Igual Protección de la Ley en el Ejercicio de los Derechos en la Constitución Chilena y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	1145
<i>Humberto Nogueira Alcalá</i>	

Notas sobre Sociedad Civil y Fuerzas de Seguridad en América Latina en las Décadas de los 80's y los 90's. La Perspectiva de los Derechos Humanos	1167
<i>Jaime Ordóñez</i>	
Provisional Measures under the American Convention on Human Rights	1189
<i>David J. Padilla</i>	
Un diálogo con Héctor Fix-Zamudio	1197
<i>José F. Palomino Manchego</i>	
The Application of International Principles of State Responsibility by the Inter-American Court of Human Rights	1213
<i>Jo M. Pasqualucci</i>	
Ética Pública - Ética Privada	1225
<i>Gregorio Peces-Barba Martínez</i>	
Estado Constitucional y Generaciones de Derechos Humanos	1241
<i>Antonio-Enrique Pérez Luño</i>	
El Nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos	1265
<i>Herbert Petzold</i>	
Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares. El Amparo contra Particulares como un Instrumento Procesal para la Defensa de esos Derechos (La Experiencia Costarricense)	1271
<i>Rodolfo E. Piza Rocafort</i>	
El Debido Proceso Legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos	1295
<i>Víctor Manuel Rodríguez Rescia</i>	
La Configuración de los Derechos Fundamentales en España	1329
<i>Francisco Rubio Llorente</i>	
La Función Consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una Jurisdicción Supra-Constitucional?	1345
<i>Carlos Ruiz Miguel</i>	
Los "Derechos Inherentes" en la Constitución Colombiana	1365
<i>Luis Carlos SÁCHICA Aponte</i>	
Problemas de Absorción de Causas por el Órgano Supremo de Control de Constitucionalidad	1373
<i>Néstor Pedro Sagüés</i>	

Globalización e Interdependencia	1389
<i>Modesto Seara Vásquez</i>	
Pérdida de Oportunidad y Derechos Humanos	1401
<i>Jonathan Selvadora</i>	
La Llamada “Censura Previa Judicial” y el Derecho Constitucional Argentino. Consideraciones a Partir de la Constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	1415
<i>Pedro Serna</i>	
Juicio Político de Responsabilidad y la Declaración de Procedencia en el Derecho Federal Mexicano	1437
<i>José Luis Soberanes Fernández</i>	
La Prueba Pericial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	1451
<i>Ma. Auxiliadora Solano Monge</i>	
Reflexiones sobre la Cooperación Jurídica Internacional	1471
<i>Diego Valadés</i>	
El Ombudsman Latinoamericano	1485
<i>Leo Valladares Lanza</i>	
La Protección de los Derechos Humanos en la Argentina	1493
<i>Jorge Reinaldo A. Vanossi</i>	
El Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la Comisión de Derecho Internacional	1523
<i>Edmundo Vargas Carreño</i>	
Panorama General de la Jurisdicción Administrativa	1533
<i>José Luis Vázquez Alfaro</i>	
La Jurisdicción Nacional e Internacional en Latinoamérica. La Defensa de los Derechos Humanos en la Región. Integración Jurisdiccional. Derecho Transnacional. Derecho Comunitario. Papel de los Jueces	1553
<i>Enrique Vescovi</i>	
Los Crímenes Internacionales ante las Cortes Penales Internacionales y de Derechos Humanos	1569
<i>Francisco Villagrán Kramer</i>	

NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU VALIDEZ EN DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Alonso Gómez-Robledo V.^(*)

EPÍGRAFE

“No es suficiente la consagración de los derechos humanos en los textos de las constituciones para que su eficacia quede asegurada en la práctica, sino que se requiere del establecimiento de instrumentos procesales para prevenir o reparar la violación de los propios derechos”.

DR: HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (1991)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. ¿EXISTE UNA NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS? 2. LA “FUNDAMENTACIÓN” DE UN CONCEPTO. 3. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ILUSIÓN DE SU FUNDAMENTO ABSOLUTO. 4. EL INDIVIDUO Y EL “EJERCICIO EFECTIVO” DE SUS DERECHOS. 5. EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS. 6. TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA CONVENCIONAL EN REGLA CONSUECUDINARIA. 7. JURISDICCIÓN DOMÉSTICA Y DERECHOS HUMANOS. 8. NORMA CONSUECUDINARIA Y PENA CAPITAL. 9. INFRACCIONES “AISLADAS” E INFRACCIONES “SIGNIFICATIVAS”. 10. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Se puede convenir en la idea de que el conjunto de Miembros que conforman la Comunidad Internacional está jurídicamente vinculada por una norma consuecudinaria que obliga al

(*) Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México.

principio general del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y que se encuentran por lo demás, codificados en los principales Pactos, Convenciones y Tratados sobre la materia.

Los derechos humanos que han adquirido el rango de derecho internacional consuetudinario son de esta suerte, derechos fundamentales e inderogables. Dentro de esta línea de pensamiento la Corte Internacional de Justicia sostuvo en relación *al Caso del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Therán* (1980), lo siguiente:

El hecho de privar abusivamente de su libertad a seres humanos, y de someterlos, en condiciones angustiantes, a una coacción física, es a todas luces incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (p. 42).

Por el contrario, y atendiendo a la política internacional, si nos referimos a otra serie de derechos humanos, que no han sido reconocidos internacionalmente, más que por un número más o menos significativo, de Estados, no parece que puedan ser calificados como tales fuera del ámbito propio de la jurisdicción doméstica de los Estados, y por lo tanto no poseyendo un carácter consuetudinario de alcance y vinculación universales.

Por otro lado, la relación entre las dos fuentes primordiales del Derecho internacional, esto es, entre el Derecho convencional y el Derecho consuetudinario, es sin duda cada día más compleja y más delicada.

Una regla inserta en un tratado, puede, llegado el caso, constituir un precedente que a su vez propicie que se genere una regla consuetudinaria, por la unión de una práctica uniforme reiterada y constante, aparejada a una *opinio iuris* concordante y simultánea. Esta ecuación juega, obviamente, también en sentido inverso, con las complejidades y problemas propios de la interrelación de estos procesos generadores de normas jurídicas, *i.e.*, derecho convencional y derecho consuetudinario.

¿EXISTE UNA “NATURALEZA” DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Todo nos deja indicar que los derechos humanos no son susceptibles de analizarse más que mediante la descripción de su naturaleza y su contenido, fuera de toda interpretación teórica e incluso filosófica.

Se puede sostener, ya que ninguna demostración efectuada ha mostrado lo contrario, que la persona está por naturaleza dotada de prerrogativas, es decir, de facultades para actuar o abstenerse de actuar en forma consciente, rechazar, reclamar u obtener ciertos satisfactores, y sobre todo, la protección aludida correspondiente. Pero lo que hay que dejar en claro, es que en sí, por ellas mismas, estas prerrogativas no son derechos “*stricto sensu*”.

Para que puedan acceder a este plano legal, deben ser el objeto de un status particular: el status jurídico. Es necesario y suficiente, que la regla tenga su incidencia de alguna u otra manera, ya sea por la aceptación, la limitación, la organización, la regulación, la obligación o la prohibición. Ninguna facultad jurídica sin Derecho, y ninguna facultad jurídica que no sea una prerrogativa; la inversa sin embargo, no se da en forma necesaria.

Pero si bien las prerrogativas “abrigadas y encubiertas” por el Derecho, son constitutivas de derechos, no quiere esto decir, que todos ellos puedan ser calificados como “derechos humanos”.

Las relaciones sociales comportan intrínsecamente el ejercicio de derechos que concretizan la sociabilidad. Muchos de ellos no son directamente relativos a la persona, sino a un acto jurídico como puede serlo un contrato de cualquier naturaleza u otros semejantes, como pueden ser los derechos del acreedor en contra de su deudor, o del derecho del propietario frente a su inquilino o inversamente.

Es por ello, como dice el profesor de Toulouse, Jacques Mourgeon, que se puede “exclure” el derecho de propiedad del ámbito de los derechos humanos, ya que, a pesar de afirmaciones contrarias, no está probado, ni demostrado, que la propiedad privada sea consubstancial a la persona, o esencial a su existencia.

De esta suerte, los derechos humanos pueden definirse como aquellas prerrogativas, gobernadas por un conjunto de reglas, que la persona detenta para sí misma, en sus relaciones con los gobernantes y con el Poder.¹

LA FUNDAMENTACIÓN DE UN CONCEPTO

Es indiscutible que toda búsqueda de un fundamento, supone la necesidad lógica de “fundamentar”, y si fuera necesario realizar esta operación a propósito de todo concepto, el problema entonces del “fundamento” en sí mismo, no recibiría jamás una solución satisfactoria ya que ello mismo conduciría incontestablemente a una auténtica regresión sin fin.

Para que la búsqueda de un fundamento sea una operación con sentido lógico, es absolutamente necesario, como afirma Charles Perelman, que se admita la existencia de realidades

¹ Véanse los ensayos de: a) Mourgeon, Jacques, *Les droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, 3^e édition, 1985, Paris, p. 3-22. Obviamente que esta aparente “unicidad” en la definición no excluye la extrema diversidad en cuanto a su propio “contenido”, ya que ninguna determinación precisa y unánimemente aceptable sobre el concepto de derechos humanos es posible formularla hoy en día. Sin embargo, el Poder, y en esto no hay discusión, dice J. Mourgeon, es simultáneamente “el proveedor y el sepulturero” de los derechos humanos, y más lo último que lo primero. *Op. cit.*, p. 9 y 12. b) Charles E. Wyzanski; Elain Pagels; Thomas Buergenthal, Estudios relativos a los orígenes de los derechos humanos en *Human Dignity: the internationalization of human rights*, Ocean Publication, New York, 1979, en particular p. 1-23.

o principios que sirvan de cimiento a algo más, y que sean ellos mismos “*incontestables*”, o por lo menos no sujetos a discusión.

Por el contrario, aquello que analíticamente se propone fundamentar, debería ser susceptible de ser puesto en duda ya sea en el terreno del derecho, o bien susceptible de ser cuestionado en el terreno de los hechos.²

La expresión “derechos humanos” tiene una connotación doble. Por una parte, designa en primer lugar, un aspecto de “posesividad”, esto es, derechos poseídos por el hombre, que le son “inherentes”, “naturales”, y que recubren por lo menos los derechos relativos a los dos elementos fundamentales del hombre, que serían tanto su cuerpo mismo, como su intelecto.

Sin embargo también designa, en un segundo término, un aspecto de “relatividad”, esto es, aquellos derechos que se relacionan con el hombre, derechos exteriores a los elementos constitutivos del ser humano, pero *relativos* a todas sus condiciones de existencia, considerados así como vitales, o por lo menos, como siendo imprescindibles a su condición de ser humano.

De esta suerte los derechos humanos se vuelven no solo indeterminables en lo abstracto y por lo tanto “infinitos”, sino también de una tal ampliación que permite, en el campo real, las más grandes y múltiples variaciones.

Ahora bien, sin duda y yendo más allá de categorías y subcategorías, los derechos humanos son la resultante mayor, y el signo más revelador, de la relación entre el Poder y la persona, es decir, ni más ni menos, la relación política por antonomasia.³

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ILUSIÓN DE SU FUNDAMENTO ABSOLUTO

Uno de los pensadores más lúcidos de nuestra época, el profesor de la Universidad de Torino, Norberto Bobbio, encuentra cuatro dificultades mayores en contra de esa ilusión de pretender encontrar un posible fundamento absoluto de los derechos humanos.

² Vid., Perelman, Ch., “Peut-on fonder les droits de l’homme?”, *Les Fondements des Droits de l’homme, Actes des entretiens de l’Aquila, Institut International de Philosophie*, Edit. la Nuova Italia, Firenze, 1966, p. 10. Para la gran autoridad del profesor Sir Hersch Lauterpacht y sin que éste deje de reconocer los métodos del derecho natural respecto a los derechos humanos, sin embargo su autor, asienta con claridad, que el derecho natural no puede ser un sustituto del derecho positivo: “*The law of nature is in no sense a substitute for positive law; it cannot by itself supply the solution of the problem of the rights of man. Whenever that happens the doctrine of natural rights degenerates into a doctrine of vested rights*”, H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Edit. Archon Books, 1968, (reprinted United States of America). En particular véanse los capítulos 6 y 7 en donde se expone la función del Derecho natural como expresión de los derechos humanos inalienables, p. 94-126.

³ Vid., Mourgeon, Jacques, *op. cit.*, p.12. Villey, M., *Le Droit et les droits de l’homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1983, capítulos I y II.

La expresión “derechos humanos” es una expresión de tal vaguedad que toda definición propuesta no es satisfactoria. Unas, son del tipo meramente *tautológico*, como aquellas que sostienen que los derechos humanos son aquellos derechos que pertenecen al hombre en tanto que tal. Otras son del tipo más bien *formal*, en el sentido que no nos dicen nada acerca de su contenido, como por ejemplo aquellos que postulan que los derechos humanos son derechos que pertenecen a todos los hombres y de los cuales ningún hombre puede llegar a ser privado de ellos. Y por último tendríamos el tipo de definiciones puramente *teleológicas*, que apelan a valores últimos, susceptibles de las más variadas interpretaciones, como por ejemplo aquellas que sostienen que los derechos humanos son derechos cuyo reconocimiento es la condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana, o bien para el progreso civil o político, etc., etc.

Si estos tres tipos de definiciones, no nos permiten elaborar una categoría de derechos humanos con características bien definidas, uno debe preguntarse entonces, dice N. Bobbio, cómo sería posible querer plantear el problema del fundamento de dichos derechos, cuando no somos siquiera capaces de otorgar una noción precisa sobre su significado.⁴

Una segunda dificultad estaría constituida por el hecho de que los derechos humanos se presentan como una categoría extremadamente variable en el tiempo. Baste pensar que los derechos que habían sido proclamados como absolutos a fines del Siglo XVIII, como por ejemplo, el derecho a la propiedad “sagrada e inviolable”, posteriormente fueron limitados o incluso en ocasiones abrogados.

Por el contrario, otros derechos, que las Constituciones Políticas de los Siglos XVIII y XIX ni siquiera mencionaban, como serían por ejemplo, los derechos sociales, han llegado a ser un lugar común de todas las Constituciones contemporáneas. A un derecho diferente, corresponderá por lo tanto, un fundamento también diferente.

La categoría de los derechos humanos, además de su gran vaguedad y variabilidad en el tiempo, es también extremadamente heterogénea (tercera dificultad) en relación, dice N. Bobbio, a la eficacia de los derechos en el espacio en donde habitualmente se presentan. Así entre los derechos humanos, están comprendidos, tanto los derechos que valen hoy en día en toda situación y para todo ser humano, como el derecho a no ser torturado o a no ser reducido a esclavitud, como aquellos derechos susceptibles de poder ser suprimidos bajos ciertas circunstancias, o para cierta categoría de personas. En varios países el reconocimiento de la libertad de expresión difiere mucho en su alcance y contenido de una Nación a otra.

Por último, la cuarta dificultad que encontraría N. Bobbio contra esta ilusión del fundamento absoluto, consistiría en que parecería que existen derechos, considerados como fundamentales que, entre ellos, son muchas veces antitéticos, esto es, que no se puede reconocer la

⁴ Bobbio, Norberto: a) “L’illusion du fondement absolu”, en *Actes des Entretiens de l’Aquila*, *op. cit.* p.3-10; b) véase igualmente en el mismo volumen sobre el *Fundamento de los Derechos Humanos*, el interesante intercambio de puntos de vista entre N. Bobbio, Perelman, Foriers, Calógero, Hypolyte, Buck, Mc Keon, Mercier, Polin y Lombardi, fungiendo como moderador y presidente el profesor Alfred J. Ayer: “Premier Entretien”, *op. cit.* p. 167-191.

validez de uno de ellos, sin atentar en contra del otro, y viceversa. Los derechos individuales y los derechos sociales (libertades y poderes), son generalmente antinómicos en el sentido que su desarrollo no puede llevarse a cabo en forma paralela. La experiencia histórica demuestra que en la medida que los derechos sociales aumentan, las libertades individuales disminuyen, hasta límites extremos de regímenes como el de la Ex-Unión Soviética, en donde el ensayo de realizar los derechos sociales, coincidió con la más grande supresión de los derechos individuales.

Por todo lo anterior, la conclusión del profesor Norberto Bobbio, es que el problema de fondo en el campo de los derechos humanos, es, hoy por hoy, no tanto el problema de su *justificación*, sino más bien el de su *protección*, hay, en otras palabras, un desplazamiento de un problema filosófico a un problema pragmático.⁵

EL INDIVIDUO Y EL “EJERCICIO EFECTIVO” DE SUS DERECHOS

Por otro lado, muchos autores al analizar los caracteres substanciales de la norma de los derechos humanos, deducen como consecuencia lógica, que el “individuo”, siendo titular de estos derechos y pudiendo prevalerse de los mismos, esto equivale al surgimiento de la persona física en su calidad de *sujeto de derecho internacional*.

Pero posiblemente haya que atenuar estas aseveraciones tan categóricas, ya que, si ciertamente para ser considerado un *sujeto activo* de un orden jurídico, una entidad debe, antes que nada, estar investida por cierto orden jurídico, de derechos y obligaciones claramente definidos, sin embargo ello no sería suficiente en forma alguna.

Para ello es igualmente necesario, el que se tenga la posibilidad de actuar directamente por medio de procedimientos apropiados, a fin de poder hacer respetar el *ejercicio efectivo* de los derechos, de los que presuntamente se debe beneficiar. La capacidad de actuar procesalmente sería, entonces el criterio determinante de la personalidad jurídica.

Ahora bien, desde este punto de vista, como sostiene Pierre-Marie Dupuy, el derecho internacional general no ofrece al individuo más que ciertas perspectivas, pero todavía no se encuentran posibilidades reales de conjunto.

⁵ Vid., Bobbio, Norberto, “Premier Entretien”, *op. cit.*, p. 167-191. El profesor Charles Perelman, defendía en este Coloquio dos ideas principales: 1.-Es inútil tratar de buscar un fundamento absoluto y ahistórico, y por lo tanto necesario e invariable, a los derechos humanos, pero sin embargo, sí parece posible encontrar un fundamento suficiente e histórico variable y contingente. 2.-No se trataría, al presentar tal fundamento, el deducir un deber-ser del ser, sino de desprender las consecuencias axiológicas de una concepción de lo real que presupone juicios de valor implícitos, ya que según Perelman, en toda visión del mundo, realidad y valor se encuentran íntimamente vinculados. Vid., Perelman, Ch., “Peut-on fonder les droits de l’homme?”, *op. cit.* p.10-18 y “Premier Entretien”, *op. cit.*, p. 167-191. Para una comprensión más exacta tanto del pensamiento de N. Bobbio como de Ch. Perelman, véase respectivamente: “quelques arguments contre le Droit naturel” y “L’idée de Justice dans ses rapports avec la Moral, le Droit et la Philosophie”, en el volumen *Le Droit Naturel, Institut International de Philosophie Politique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1953, p. 175-191 y p. 125-147.

Los casos en los cuales una vía de derecho está directamente abierta a los individuos permanece todavía como la excepción, a pesar de la multiplicación de situaciones en las cuales, principalmente por vía de petición, la posibilidad les es ofrecida de poner en marcha ciertos procedimientos, o recursos, ya sea que se trate en forma aislada o colectivamente.

Los procedimientos de garantía para hacer eficaces los derechos humanos tienen la peculiaridad de presentar generalmente un carácter más diplomático, administrativo o político, que propiamente jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, disposiciones tales como el Artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y al Artículo 44 de la Convención Americana correspondiente, constituirán excepciones claras a la regla general de garantizar la eficacia de los derechos humanos por vía administrativa o política.⁶

EL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Si analizamos la jurisprudencia internacional, tanto la de la Corte Internacional de Justicia, como la de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, se puede constatar que éstas han empleado siempre, a lo largo de décadas, un lenguaje muy cambiante a propósito de la Costumbre, la que ha sido definida con calificativos diversos, y cuyo fundamento ha sido apreciado frecuentemente de manera equívoca, o por lo menos no-unívoca.

Pero por otro lado, podemos observar una continuidad notable por lo que respecta a la indicación de los elementos o condiciones, que permiten afirmar su existencia: se trata de la “práctica de los Estados” (*repetitio facti*, o, *diuturnitas*), y de la convicción de que la adopción de actitudes conformes a dicha práctica es jurídicamente obligatoria (*Opinio iuris sive necessitatis*).

El juez o árbitro, encargados de la determinación o no de una regla consuecudinaria, va a considerar los actos o comportamientos relevantes, cuyo conjunto compone la práctica de los Estados (que deben testimoniar por la naturaleza o la manera en que son llevados a cabo) de la existencia o inexistencia de una *opinio iuris*.

Este último elemento, la *opinio iuris*, no podría, evidentemente, ser indagado de manera autónoma por medio de un imposible análisis de carácter psicológico, relativo a los móviles

⁶ Vid., Dupuy, Pierre-Marie, *Droit International Public*, 2^{ème} ed., Dalloz, Paris, 1993, Capítulo 3^o p.146-147. Partsch, K.J., “La mise en oeuvre de droits de l’homme par l’UNESCO”, *Annuaire Français de Droit International*, C.N.R.S., Paris, 1990, p. 482 y ss. En forma similar se expresaba el profesor Michael Akehurst: “The International Law concerning the protection of human rights are a good example of the difficulty of deciding whether individuals derive rights from international law, or whether they merely derive benefits”, Akehurst, *A Modern Introduction of International Law*, 6th edition, Harper Collins Academic, Great Britain, 1991, p.76.

que hubieren llevado a cada Estado, a adoptar ciertas conductas precisas y no otras muy diferentes y diversas.

La convicción de estar ejerciendo un derecho, o cumpliendo con una obligación se infiere precisamente de esa práctica generalmente seguida, constante y uniforme.⁷ La impresión dominante es que la costumbre, como la más antigua de las fuentes, evoluciona hasta un punto tal en el cual puede llegar a codificarse, pero que probablemente existen también situaciones en que, idénticos tratados, sobre una misma materia, llegan a generar una regla de derecho internacional consuetudinario.

Existen otros casos, en los cuales el tratado y la costumbre, interactúan simultáneamente, o bien ocasiones en que dentro de una larga cadena causal, el tratado y la costumbre, van asumiendo alternativamente los papeles principales.

La Proclama Truman y sus secuelas (proceso consuetudinario), por ejemplo, llevó a la elaboración de un Tratado (Convención de Ginebra de 1958), el cual en su momento, produjo a su vez, respuestas de derecho consuetudinario.⁸

Se reconoce que no existen pruebas empíricas rigurosas para medir la relativa importancia de la costumbre o del tratado, pero es posible comprobar cómo, sobre todo en ciertas épocas, el papel de los tratados como “fuente” disminuye, lo cual provoca un resurgimiento de la Costumbre.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 (México ratificó este Instrumento el 25 de septiembre de 1974), codifica el principio clásico (artículo 34) referente a que un tratado no crea obligaciones

⁷ Véase el excelente análisis realizado por el profesor del Instituto de Altos Estudios de Ginebra, Peter Haggemacher, sobre el derecho consuetudinario a través de la práctica de la Corte Internacional de Justicia en: “La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique internationale” en *Révue Générale de Droit International Public*, Tome 90/ 1, Paris 1986, p. 5-126. A propósito del elemento de la *opinio iuris*, Haggemacher observa lo siguiente: “De una pluralidad de *opinionibus juris* va a generarse una *communis opinio juris*, una *concordia omnium*, que se presentará ciertamente como un ‘acuerdo’, pero no de voluntades: se trata de un acuerdo de opiniones, de una armonía de concepciones, que no puede reducirse a un consentimiento de orden convencional”, *op.cit.* p. 11-12. Por su parte Anthony A. D’Amato, en su conocida obra sobre la costumbre, sostiene que en el peor de los casos la *opinio iuris* sería una inofensiva tautología. “For if we can say that a state is acting in accordance with its conviction that it is acting in conformity with prevailing international law, then by implication we already know what that international law is. And if we know the law, then there is no further need to cite the ‘evidence’ of the state’s actual practice in conformity with that law”. Sin embargo, concluye en la forzosa necesidad del elemento de la *opinio iuris* en la formación de la norma consuetudinaria, y que su importancia se revela evidente, cuando hay controversia sobre la existencia de la regla consuetudinaria. *Vid.*, D’Amato, A., Anthony, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, U.S.A., 1971, p. 73-74.

⁸ John King Gamble, “The Treaty Custom Dichotomy: An Overview”, *Texas International Law Journal*, vol. 16, N. 3, 1981. p. 305-321.

ni derechos para un tercer Estado (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*); ello, sin embargo, no impedirá que una norma enunciada en un Tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal (Artículo 38).

En los comentarios al Proyecto de Artículos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (18° período de sesiones), se reconoció que un tratado celebrado entre ciertos Estados, puede establecer un régimen territorial o marítimo que posteriormente llegue a ser obligatorio mediante costumbre para terceros Estados, como por ejemplo, los acuerdos para la posición de neutralidad de Suiza.

Pero la Comisión tuvo buen cuidado de precisar más adelante que:

... no puede decirse con propiedad en ninguno de estos casos que el tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin establecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado, como obligatorias de derecho consuetudinario. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la Costumbre y no el Tratado.⁹

No hay, pues, ninguna regla de derecho internacional que se oponga al hecho de que las disposiciones de un tratado lleguen a ser obligatorias para Estados que no sean partes en el tratado siempre y cuando tales disposiciones sean transformadas en reglas consuetudinarias.

Cuando una regla consuetudinaria llega a ser objeto de codificación, la regla en cuestión adquiere evidentemente un doble valor en cuanto que se convierte en regla convencional para los Estados que serán partes en el tratado; pero subsistirá como regla consuetudinaria, tanto en relación con estos últimos, como en relación con aquellos Estados que no llegarán a ser partes en el tratado.¹⁰

TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA CONVENCIONAL EN REGLA CONSUECUDINARIA

Es sin embargo, muy delicado, como dice Paul Reuter, establecer bajo qué condiciones un tratado puede llegar a generar una regla consuetudinaria, ya que implica el cuestionamiento mismo de la naturaleza y caracteres del proceso consuetudinario, que son de suyo, bastante controvertidos.¹¹

9 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, Documentos Oficiales, A/CONF 39/11 Add, 2, Nueva York, 1971, p. 54, inciso 2°.

10 Ver Perry Clive, *The sources and evidences of international law*, Manchester, University Press, Londres, 1965, p. 28-83.

11 Paul, Reuter, *Introduction au droit des Traités*, Armand Colin, Collection U, Paris, 1972, p.116.

Cuando se refiere a tratados multilaterales universales concluidos recientemente, como por ejemplo, los textos relativos al régimen del espacio ultraterrestre, se ha sostenido en ocasiones, que se estaba en presencia del nacimiento de una costumbre universal particularmente dinámica, que confería un valor consuetudinario a las reglas allí enunciadas.

Dichos tratados obtuvieron desde un principio un asentimiento sin reservas; pero la formación de una costumbre cuasi-instantánea no es aceptable más que para aquellos que sitúan el fundamento de la costumbre en un acuerdo tácito; e incluso el acuerdo unánime dejaría de registrarse, desde el momento en que se fue más allá de los principios generales, y que se examinaron las cuestiones técnicas.¹²

En el “Caso relativo a la Plataforma Continental en Mar del Norte”, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 20 de febrero de 1969, trataba de determinar en un momento dado, si una nueva regla consuetudinaria, poseyendo un contenido idéntico al del artículo 6° de la Convención de Ginebra, se habría formado a partir de dicha Convención.

La Corte comienza por afirmar el principio, según el cual una disposición convencional puede servir de fundamento a una regla de carácter consuetudinario:

Al atribuir al artículo 6° de la Convención la influencia y el efecto indicados, esta tesis equivale manifiestamente a considerarlo como una disposición normativa, habiendo servido de base o de punto de partida a una regla que, puramente convencional o contractual al origen, se habría desde entonces integrado al corpus del derecho internacional general y sería ahora aceptada con ese título por la *opinio iuris*, de tal suerte que de ahora en adelante sería oponible incluso a los países que no son y que jamás han sido Partes en la Convención. Ciertamente, esta situación se encuentra dentro del terreno de las posibilidades y se presenta de tiempo en tiempo: es, incluso, uno de los métodos reconocidos por las nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario llegan a formarse.¹³

De acuerdo con este fallo de la Corte, para que una norma inserta en un tratado llegue a adquirir el *status* de norma consuetudinaria se requerirá antes que nada que la disposición en cuestión posea “un carácter fundamentalmente normativo, y puede así constituir la base de una regla general de derecho”; “una participación bastante amplia y representativa en la Convención es suficiente, a condición de que comprenda a los Estados particularmente interesados”; y por último, que por breve que haya sido el tiempo transcurrido de la práctica, “ésta haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada, incluidos los Estados interesados, y se haya manifestado de manera a establecer un reconocimiento general por el hecho de que una regla general de derecho o una obligación jurídica estuvieren en juego”.¹⁴

12 *Idem.* p. 117. Por ello, dice Paul Reuter, parece más razonable admitir que son en realidad los acuerdos tácitos los que convierten ciertas reglas generales en obligatorias.

13 *Plateau Continental de la Mer du Nord. Arrêt*, C.I.J., *Recueil des Arrêts*, 1969, p. 41, párr. 71 (Traducción nuestra).

14 C.I.J., 1969, *op. cit.* p. 41-43, párr. 72,73 y 74. Ver Krystyna Marek, “Le problème des sources du

Hay que aceptar, como lo reconoce Michael Akehurst, que es un tanto inútil, querer hacer distinciones *a priori* entre reglas convencionales que son susceptibles de devenir normas consuetudinarias y reglas que carecen de dicha aptitud, ya que siempre será una cuestión del contexto y caso específico.

Sin embargo, puede sostenerse que la probabilidad de que tal transformación ocurra, va a variar en proporción inversa al alcance con que las reglas del Tratado, difieran de las reglas previamente aceptadas por el derecho consuetudinario.

En particular, reglas convencionales que añaden una mera precisión al derecho consuetudinario son bastante probables que sean aceptadas como reglas consuetudinarias en el futuro; o bien, lo mismo puede ocurrir en aquellas hipótesis, en que hay incertidumbre sobre el contenido del derecho consuetudinario preexistente.¹⁵

No obstante, es posible que la “aplicación” subsiguiente, que es esencial para que esas reglas se conviertan en consuetudinarias, no llegue a ocurrir. Es probable que la incertidumbre del derecho consuetudinario puede ser causada por un conflicto de intereses entre diferentes grupos de Estados, y entonces, es ciertamente posible, que cada grupo continúe adhiriéndose a la antigua costumbre, que sea acorde a sus intereses, en vez de acoplar su práctica no-contratual, dentro de la visión de los tratados que representa un compromiso entre los dos grupos de Estados.

JURISDICCIÓN DOMÉSTICA Y DERECHOS HUMANOS

Dentro de este contexto y refiriéndonos al punto específico de los derechos humanos, la aceptación del carácter consuetudinario de ciertas normas, significa que el tema objeto de la norma, está al menos gobernado en principio, por el Derecho internacional, y de esta manera, quedando fuera de la jurisdicción doméstica de los Estados.

Esto es de considerable importancia, ya que la efectividad real de los instrumentos de derechos humanos, depende para su observancia e instrumentación de los órganos y mecanismos judiciales y administrativos.

Aseveraciones en el sentido de que un particular tema, entra forzosamente dentro de la esfera de la llamada “jurisdicción doméstica” de los Estados, obstaculiza e incluso impide, la

droit international dans l'arrêt sur le Plateau Continental de la Mer du Nord” *Révue Belge de Droit International*, Editions de l'Institut de Sociologie, Bruselas, 1/1970, p. 44-78. A propósito de la expresión *fondamentalement normatif* -ciertamente desafortunada por su imprecisión- K.Marek afirma que probablemente lo que la Corte quiso decir fue que una regla convencional general puede servir de base a un desarrollo consuetudinario. *ID.*, p. 58.

¹⁵ Michael, Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Year Book of International Law*, XXV, Oxford, 1974. 1975. p. 49-52.

aceptación de los principios de los derechos humanos internacionales, como pautas generales de comportamiento.

Luego entonces, los estudios empíricos de la práctica de los Estados, son de la mayor importancia, para establecer si un derecho en particular ha llegado a madurar en el sentido preciso de una norma de derecho consuetudinario.

Obviamente, es de presumirse, que aquellos derechos que son más cruciales para la protección de la dignidad humana, como aquellos valores universalmente aceptados y cuya violación implica una amplia condena por parte de la comunidad internacional, llegarán a requerir un menor grado de evidencia confirmativa.

Así por ejemplo, el *Restatement* de los Estados Unidos (sección 702), enlista un limitado número de derechos humanos, sobre todo de carácter civil, y de gran importancia, como normas que han cristalizado como reglas de derecho internacional consuetudinario.

Un Estado viola el Derecho internacional, dice el *Restatement*, si como parte de su política estatal, practica, promueve o avala:

- A) El genocidio.
- B) La esclavitud o el tráfico de esclavos.
- C) El crimen o desaparición de individuos.
- D) La tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.
- E) La detención prolongada y arbitraria.
- F) La discriminación racial sistemática.
- G) Una permanente práctica de graves violaciones de derechos humanos reconocidos internacionalmente.¹⁶

El profesor Theodor Meron, menciona además como derechos humanos con carácter consuetudinario, a la discriminación religiosa y el derecho a la autodeterminación tal y como ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Pero además, según el profesor Meron, habría que incluir, ya sea como derechos humanos consuetudinarios, o como principios generales de derecho internacional -en el sentido del Artículo 38 del Estatuto de la Corte-, el derecho a un trato respetuoso y digno de las personas privadas de su libertad, tal y como queda consagrado en el Artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la prohibición de medidas retroactivas de carácter penal, estipulado en el Artículo 15 del mismo Pacto.

De la misma suerte, la médula de las garantías requeridas en el debido proceso pueden ser consideradas dentro del ámbito “del derecho consuetudinario”. En este particular sentido

¹⁶ Citado por Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 94-95.

quedarían encuadrados fundamentalmente aquellos derechos consagrados en el Artículo 14 del mismo Pacto:

- A) Toda persona tiene el derecho de ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.
- B) La presunción de inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad.
- C) No ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable.
- D) El derecho de ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- E) Hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente, o ser asistido por un defensor de su elección.
- F) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y obtener la comparecencia de los testigos de cargo.
- G) El derecho a que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
- H) El principio *non bis in idem*, según el cual, nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme.¹⁷

NORMA CONSUECUDINARIA Y PENA CAPITAL

En una interesante Decisión relativa a la ejecución de dos jóvenes delincuentes en los Estados Unidos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideró que no podía sostenerse la existencia de una norma consuecudinaria de derecho internacional que estableciera la edad de 18 años como el mínimo para la aplicación de la pena capital. Pero que sin embargo, y a la luz del creciente número de Estados que han venido ratificando la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, se podía demostrar cómo iba siendo modificada la legislación doméstica de conformidad con dichos instrumentos y de lo cual se desprendía una norma emergente, esto es, una nueva norma consuecudinaria *in statu nascendi*, en el sentido de que no podrá imponerse la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad (Art. 6°, párr. 5°).¹⁸

En este Caso en particular, la única forma en que los Estados Unidos podrían haber sido responsables internacionalmente (los E.U.A. hicieron reserva de los arts. 4° y 5° de la Convención Americana), habría sido a través del reconocimiento de que la norma en cuestión (18 años mínimo), poseía entre los Miembros de la O.E.A. un status de *ius cogens*, esto es, de una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional como norma imperativa que no ad-

¹⁷ Vid. Theodor, Meron, *op. cit.*, p. 96-97. Respecto al principio *non bis in idem*, T. Meron, lo considera como derecho consuecudinario emergente. Otros derechos humanos de carácter consuecudinario serían sin duda: el derecho a la igualdad ante la Ley y no-discriminación; el derecho del individuo a dejar su país y retornar a él; el derecho a la libertad de movimiento dentro del territorio del Estado.

¹⁸ Vid. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1986-1987*, O.A.S./Ser L/VII. 71, Doc. 9. rev. 1.

mite acuerdo en contrario, o derogación alguna (Art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados).

INFRACCIONES “AISLADAS” E INFRACCIONES “SIGNIFICATIVAS”

Por último hay que decir que, contrariamente a lo que sostiene el profesor Schachter, en el sentido de que una infracción menor o aislada de un derecho humano no cae dentro del ámbito internacional, sino dentro del ámbito de la jurisdicción doméstica del Estado, nosotros nos inclinamos a pensar que por lo menos desde un punto de vista de *lege ferenda*, la posición del profesor Theodor Meron parece ser más consistente.

Este último sostiene que ahí donde un derecho, que ha sido violado, es un derecho claramente reconocido como norma de derecho consuetudinario, incluso respecto a violaciones individuales, el problema *no puede ser tratado en términos de jurisdicción doméstica*.

En la práctica de los Estados puede verse, dice T. Meron, que frecuentemente un Estado “A” se reprime o se inhibe de formular alegatos, en contra de un caso aislado de violación por parte de un Estado “B” de los derechos humanos de un ciudadano de ese mismo Estado “B”.

Sin embargo -y es ésta una crítica a Schachter-, no está para nada claro, si esta práctica refleja una visión (*approach*) restrictiva del objetivo de los derechos humanos a nivel consuetudinario, aunado a una visión “expansiva” de la jurisdicción doméstica, o si por el contrario, lo único que sucede, es que por consideraciones de orden político, el Estado “A” limita su intercesión a aquellas violaciones sistemáticas y significativas realizadas por el Estado “B” sobre los derechos humanos de sus propios ciudadanos.¹⁹

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión quisiéramos recordar el “Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua”, conocido por la Corte Internacional de Justicia, y en donde este Tribunal, volvió a dejar muy en claro, que el principio de no-intervención, pone en juego el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asunto sin injerencia externa, y que aún y cuando, las infracciones al principio en cuestión puedan ser múltiples, sin embargo, sostuvo la Corte, que dicha regla forma parte integrante, a cabalidad, del derecho internacional consuetudinario.²⁰

¹⁹ Vid. Theodor, Meron, *op. cit.* p. 99-105. En un sentido similar se pronuncia el profesor A. D'Amato: “Although we may be entitled to complain about what nation ‘x’ does to its own citizens in ‘x’, we may, for other overriding political reasons, not want to show our interest in the matter. The most difficult issues in the enforcement of human rights are not issues of law, but of politics and morality”, D'Amato, Anthony, *International Law: Process and Prospect* Dobbs Ferry, New York, 1987, chapter six, p. 146-147.

²⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, I.C.J., Reports, 1986, p. 206. párr. 202.

La existencia del principio de no-intervención en la *opinio iuris* de los Estados está respaldada por una práctica importante, sustantiva y bien demostrada.

Así las cosas, y al tomar nota la Corte de que los Estados Unidos acusaban a Nicaragua de haber estado violando los derechos humanos, ésta sostuvo que de cualquier manera, y aún y cuando los Estados Unidos pudieran formarse su propia versión sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, sin embargo, lo que estaba fuera de toda duda, es que el empleo de la fuerza no puede, de ninguna manera, pretender ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de tales derechos.²¹

Más adelante la Corte concluiría, respecto a este punto, en la forma siguiente: “*The Court concludes that the argument derived from the preservation of human rights in Nicaragua cannot afford a legal justification for the conduct of the United States, and cannot in any event be reconciled with the legal strategy of the respondent State, which is based on the right of collective self-defense*”.²²

En otras palabras, el derecho internacional positivo, no parece proveer hasta hoy en día, ningún fundamento jurídico serio a la llamada doctrina del derecho de injerencia por razones humanitarias, en tanto que derecho de un Estado para recurrir unilateralmente a la fuerza para hacer respetar los derechos de la persona en un país tercero.

21 I.C.J., Reports, *op.cit.* 1986, p.124, párr. 267-268.

22 I.C.J., Reports, *op.cit.* 1986, p.125, párr. 268.

PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Jesús González Pérez^(*)

SUMARIO: I. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. 1. Los derechos fundamentales. 2. Protección jurisdiccional. a) Protección ante los distintos órdenes jurisdiccionales. b) Protección jurisdiccional especial. c) Sistema español. II. PROCESO ADMINISTRATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA. 1. El proceso especial para la protección de los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo. 2. Naturaleza jurídica. a) Proceso administrativo especial. b) Carácter preferente y urgente. c) Presupuesto del proceso de amparo y, en su caso, del proceso ante el Tribunal europeo de derechos humanos. d) Coexistencia y alternatividad entre el proceso administrativo ordinario y el especial de protección de los derechos fundamentales. 3. Fundamento. 4. Regulación. III. OBJETO DEL PROCESO. 1. Ámbito del proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona. 2. Derechos y libertades fundamentales protegidos. a) Delimitación. b) Lesión directa del derecho o libertad fundamental. c) Sin que sea preciso examinar cuestiones de legalidad ordinaria. 3. Actuación de la Administración pública en relación con la que se puede formular pretensión por el cauce de este proceso especial. 4. Pretensiones objeto de este proceso.

I. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

1. *Los derechos fundamentales*

Existen derechos que son inherentes a la persona, a la condición humana. Todo hombre, en cuanto hombre, desde que nace participa de la dignidad de la persona. Todo hombre, por el hecho de serlo, tiene una categoría superior a la de cualquier otro ser, una dignidad que no pue-

^(*) Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

de serle arrebatada; es titular de unos derechos inalienables inherentes a su dignidad. Existen, no porque así lo hayan declarado los votos mayoritarios de los representantes de los Estados en un organismo internacional, o de los miembros de un Parlamento, o de los congresistas de un partido político.¹

Si todo hombre es persona porque así ha sido hecho, el fundamento de la categoría humana no puede ser el hombre mismo, sino un ser superior a todo hombre y capaz de infundir razón y libertad en la materia de que estamos hechos. Es el mismo Dios.² No puede olvidarse el origen divino de la dignidad humana. Solo así se garantizará el respeto a ella debido. Como señalaba LEGAZ, “el Estado no podrá intervenir en lo que afecta a la libertad y a la dignidad humana, nacidas de su origen divino y que, por tanto, antes pertenecen a Dios que al Estado. Los hombres olvidan a menudo este punto de partida esencial en el orden jurídico; pero vuelven su mirada a Dios cada vez que un nuevo absolutismo, de derecha o de izquierda, suprime libertades y afrenta a la dignidad humana. A la omnipotencia del hombre no podemos oponer más que la omnipotencia de Dios”.³ “Si el hombre no es imagen de Dios -dice Osorio y Gallardo- y si las relaciones humanas no reciben la inspiración divina del orden, fácilmente generará en el culto a la ley del más fuerte y en la negación de la dignidad”.⁴

La dignidad de la persona constituye el principio básico del Ordenamiento constitucional, “el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona”.⁵ En la Constitución, a diferencia del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, como destaca Hernández Gil, la dignidad y los derechos fundamentales no se colocan en un mismo plano, sino que “afirma como valor absoluto la dignidad de la persona, sin aludir siquiera a su reconocimiento, para luego, en plano distinto, referirse a los derechos que le son inherentes”.⁶

Los derechos fundamentales que el artículo 10.1 considera “inviolables” son inherentes a la dignidad de la persona, en ellos se traducen y concretan las facultades que vienen exigidas por la dignidad, así como el ámbito que debe garantizarse a la persona para que aquella dignidad sea posible. El principio del respeto a la personalidad humana subyace bajo todos los derechos fundamentales. En todos y cada uno de los derechos se proyecta la dignidad. Y no sólo en

1 Una referencia más general al tema en mi trabajo *La dignidad de la persona*, Cívitas, 1986, en especial, pp. 94 y ss.

2 MILLAN PUELLES, *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1973, p. 21; SOTO KLOS, *La dignidad de la persona, fundamento de los derechos humanos y sus antecedentes veterotestamentarios*, en la Ob. col. Los derechos humanos, Ideavicom, Mendoza, 1985, pp. 155 y ss.

3 LEGAZ LACAMBRA, *La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre*, “Revista de Estudios Políticos”, núm. 55, p. 43.

4 *Derecho y Estado*, Madrid, 1928, p. 19.

5 PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1980, p. 49.

6 *El cambio político español y la Constitución*, Madrid, 1982, p. 422. “Es muy significativo y coherente con la imagen que la Constitución ofrece de la persona el hecho de que la categoría antropológico-ética de la dignidad aparezca antepuesta, afirmada per se y no como una derivación de los derechos... Los derechos le son inherentes, traen de ella su causa, son exigibles por la dignidad de la persona”.

los derechos que la Constitución califica de fundamentales (en la rúbrica de la Sección primera del capítulo segundo del Título I) y que gozan de la protección jurisdiccional del amparo (artículo 53.2, Constitución), sino en los demás derechos que la Constitución consagra en los artículos siguientes, llamados derechos sociales. Pues en el Estado social de nuestros días, los bienes a que esos derechos se refieren “han pasado a ser considerados atributos indispensables para el desarrollo de la persona humana”. En la Constitución de 1978, sin embargo, es clara la diferencia entre una y otra categoría de derechos: los derechos *fundamentales* y libertades públicas a los que se confiere una protección jurisdiccional especial (art. 53.2) y aquellos otros que no merecen tal calificación ni protección, sin duda por ser considerados como emanaciones directas de la dignidad de la persona.⁷ La dignidad sustancial de la persona está en la raíz de todos sus derechos básicos, aunque en alguno de ellos esa dimensión se haga más patente, como en el derecho a la integridad física y moral; en el de libertad ideológica, religiosa y de culto; en el de libertad personal, el derecho al honor, intimidad personal y familiar; libertad de expresión, educación y objeción de conciencia.⁸ Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, en su fundamento 8, al decir que la Constitución, “junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta... ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el buen desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)”.

Si la dignidad de la persona es un atributo de todo hombre⁹ y son inherentes a ella los derechos inviolables, no es concebible que algunos de estos derechos sólo se reconozcan a hombres en que concurren determinadas condiciones. Lo que no supone que existan derechos que, por referirse a la actuación en el ámbito del Estado de que son nacionales, las Constituciones - así la de 1978- los reconozcan a los ciudadanos.

El reconocimiento y una eficaz tutela de estos derechos fundamentales constituyen elemental garantía de la dignidad de la persona. Si un Ordenamiento arbitra medidas que permiten la plena realización de esos derechos, en ese Ordenamiento estará garantizada la dignidad de la persona.

Pero por muy completo que sea el cuadro de los derechos, adecuada su regulación y eficaces los mecanismos de tutela, nunca se agotarán todos los supuestos del respeto debido a la dignidad de la persona. Existirán atentados a la dignidad de la persona que no vendrán tipificados como lesión de algún derecho fundamental. De aquí la necesidad de que las garantías se extiendan a todos los supuestos en que la dignidad de la persona pueda resultar atacada.

⁷ DE JUAN ASENJO, *La Constitución económica española*, Madrid, 1984, pp. 81 y 125.

⁸ RUIZ JIMÉNEZ, *Comentario al artículo 10*, en “Comentarios a la Constitución” (dirigidos por O. ALZAGA), p. 116.

⁹ “Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos”. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, 1980, p. 417.

2. *Protección jurisdiccional*

a) *Protección ante los distintos órdenes jurisdiccionales*

En principio, la protección de los derechos fundamentales de la persona humana corresponderá a los Tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales, en función de la persona de que dimana la lesión y de la naturaleza de la relación jurídica, a través del proceso que, en cada caso, arbitra el Ordenamiento jurídico. Por ejemplo, si se lesiona el derecho a la igualdad o a la libertad de religión por la discriminación o creencias religiosas en una relación laboral, el titular del derecho lesionado acudirá a los Tribunales con jurisdicción en este ámbito; si esos mismos derechos se lesionan en el ámbito de las relaciones civiles (por ejemplo, en los estatutos de una comunidad de propietarios o al perfeccionarse contratos de arrendamiento de un inmueble), a los Tribunales del orden jurisdiccional civil.

Consiguientemente, si la lesión se produce por la actuación de una Administración pública sujeta al Derecho administrativo, la protección del derecho fundamental lesionado deberá demandarse ante los Tribunales a los que el Ordenamiento jurídico confía jurisdicción para conocer este tipo de pretensiones. En España, el artículo 9º.4, LOPJ, establece que los Tribunales del “orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias”. Por tanto, cuando como consecuencia de la actividad (o inactividad o vía de hecho) de una Administración pública sujeta a Derecho administrativo se lesione alguno de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, el afectado podrá recabar tutela jurisdiccional a través de los procesos administrativos ordinarios regulados en la legislación contencioso-administrativa.

Este modelo de protección no excluye que en la regulación de los procesos respectivos -y, concretamente, en el administrativo- se arbitren algunas medidas específicas, como medidas cautelares reforzadas, turnos preferentes para la tramitación y plazos abreviados, cuando su objeto sea, precisamente, la protección de los derechos fundamentales.¹⁰

b) *Protección jurisdiccional especial*

En razón a la naturaleza de los derechos y a la trascendencia de las lesiones que a los mismos se ocasionen, se han estructurado modelos procesales especiales y hasta la atribución de su enjuiciamiento a jurisdicciones distintas de las ordinarias,¹¹ a lo que se ha opuesto las complejidades procesales, la discriminación entre derechos fundamentales y el resto del Orde-

¹⁰ BORRAJO INIESTA, en *El amparo judicial o la innecesidad e inconveniencia de encauzarlo mediante procesos específicos, y de confiárselo a órganos especializados*, en “Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa”, CDJ, XXXII, 1994, pp. 79 y ss.

¹¹ Sobre el problema en general, ARAUJO JUÁREZ, *Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal*, Civitas, 1997, en especial, pp. 47 y ss.

namiento y los abusos a que puede dar lugar, sin que puedan justificarse por las únicas ventajas que podrían aducirse en su favor, la mayor celeridad y contundencia de la tutela jurisdiccional, que, aparte de ser menores de lo que suele sobreentenderse, podrían obtenerse usando fórmulas mucho más sencillas.¹²

c) *Sistema español*

El Ordenamiento jurídico español ha optado por el sistema de reforzar el control jurisdiccional genérico, estableciendo un plus de protección jurisdiccional para la defensa de los derechos fundamentales -de ciertos derechos fundamentales- que se concreta en la previsión de un procedimiento específico basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del amparo. Así lo establece el art. 53.2, C.E.¹³ Y la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, publicada en el B.O.E. de 3 de enero de 1979 -pocos días después de publicarse la Constitución-, regulaba la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, dedicando los artículos 6 a 10 a la “garantía contencioso-administrativa”.¹⁴

Desde la entrada en vigor de esta Ley, ante una lesión de uno de los derechos fundamentales a los que se reconocía protección especial, el afectado puede acudir al proceso administrativo ordinario o al especialmente instituido para la protección de estos derechos, e incluso simultaneando uno y otro, como después se señala.¹⁵

12 BORRAJO INIESTA, *El amparo judicial*, cit., pp. 80 y ss.; FIX ZAMUDIO ha dedicado especial atención a la protección judicial a los derechos humanos. Cfr., por ejemplo, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, 1982.

13 CÓRDOBA CASTROVERDE, *El amparo judicial en lo contencioso-administrativo*, en “Amparo judicial...”, cit., p. 268; FAIREN, *El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución*, RAP, núm. 89, pp. 218 y ss.

14 Es indudable el reforzamiento de las garantías jurisdiccionales que frente a la Administración pública supuso la entrada en vigor de esta Ley, que fue destacado por la doctrina. Cfr. CANO MATA, *Comentarios a la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*, Madrid, 1985, pp. 81 y ss.; SALAS y TORNOS MAS, *Comentarios a la Ley de protección judicial de los derechos de la persona*, RAP, núm. 93, pp. 56 y ss. Y en la ob. colectiva “El Tribunal Constitucional”, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, los siguientes trabajos: SALAS, *Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas*, Tomo III, pp. 2476 y ss.; MEDINA RUBIO, *La idea de amparo y el principio de subsidiariedad*, II, pp. 1844 y ss.; FRIGINAL, *Aproximación a una tesis articuladora de los recursos de amparo y contencioso-administrativos*, II, pp. 1127 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO (L.), *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, RAP, núm. 95, pp. 31 y ss.; MONTORO PUERTO, *Jurisdicción constitucional y proceso constitucional*, II; *Proceso de protección de los derechos fundamentales*, Madrid, 1990, pp. 63 y ss.; RODRIGUEZ GARCÍA, *El procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales*, en “Poder Judicial”, núm. XV, 1990, pp. 9 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho procesal administrativo*, 2ª edición, Civitas, 1992, pp. 507 y ss.

15 RAZQUIN LIZARRAGA, *Agotamiento de la vía judicial previa y coexistencia del proceso especial de la Ley 62/1978 y el contencioso-administrativo ordinario*, REDA, núm. 67, pp. 439 y ss.; SENES MOTILLA, *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Civitas, 1994, pp. 56 y ss.

II. PROCESO ADMINISTRATIVO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

1. *El proceso especial para la protección de los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo*

El artículo 53.2, C.E., como se ha indicado, establece que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 de la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”.

La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, regulaba la protección jurisdiccional en el orden penal, contencioso-administrativo y civil de los derechos fundamentales enumerados en el artículo 1.2, que no eran todos los que gozarían de la protección jurisdiccional especial prevista en el artículo 53.2 de la Constitución. Si bien, al promulgarse la Ley 2/1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional, ampliaba el ámbito de este proceso especial a todos los enumerados en el artículo 53.2, C.E.

Pero el proceso administrativo regulado en la LPDF no era el “sumario y preferente” que preveía la Constitución en el artículo 53.2, si bien, en tanto no se desarrollara este precepto constitucional, constituiría -indistintamente con el proceso administrativo ordinario- “la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo” en el orden contencioso-administrativo.

En los distintos anteproyectos de reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 elaborados desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 o de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, se incluía siempre entre los procesos especiales el que tenía por objeto la protección de los derechos fundamentales, a fin de cumplir el objetivo de la Ley de 1956 de unificar la regulación de los procesos administrativos.

El proyecto de Ley de 1997 ha seguido la línea de los anteriores anteproyectos y regula el “procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona” en el capítulo I del Título V, que es el Título dedicado a la regulación de los procesos especiales.¹⁶

¹⁶ En la Exposición de Motivos (VI, 4, párrafo primero), se dice: “De los recursos especiales se ha suprimido el de personal, aunque subsisten algunas especialidades relativas a esta materia a lo largo del articulado. Se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente, cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal. La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso -y, por tanto, de la sentencia- de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. La Ley pretende superar, por tanto, la rígida

El proceso administrativo regulado en la LPDF, como se ha indicado, no era el previsto en el artículo 53.2, C.E., si bien cumplía su función en tanto no se desarrollara ésta.¹⁷ Este carácter transitorio desaparece en el nuevo texto legal, al decir en su artículo 109.1 que “el procedimiento de amparo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución española se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este Capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley”.

2. *Naturaleza jurídica*

a) *Proceso administrativo especial*

Tal y como se configuró en la regulación inicial de la LPDF, las especialidades de este proceso administrativo radicaban, básicamente, en la supresión del arcaico presupuesto procesal de agotamiento de la vía administrativa -que todavía se mantiene en el proceso administrativo ordinario-, una mayor facilidad para obtener las medidas cautelares, simplificación de trámites -sin llegar a poder calificarse propiamente de “sumario”- y brevedad de los plazos. Pero en lo demás estaba sujeto al régimen jurídico del proceso administrativo ordinario, salvo en el contenido de las pretensiones admisibles y, consiguientemente, de la sentencia.¹⁸

b) *Carácter preferente y urgente*

El artículo 10.1, LPDF, estableció que “la tramitación de estos recursos tendrá carácter urgente a todos los efectos orgánicos y procesales”. Así lo había reiterado la jurisprudencia y, consiguientemente, en aplicación del art. 183, LOPJ, para las actuaciones jurisdiccionales en que se concretaba serían hábiles los días del mes de agosto. Así, por ejemplo, As de 17 abril 1996 (Ar. 3717. Ponente: CANCER) y 13 junio 1997 (Ar. 4836. Ponente: LESCURE).

En la Exposición de Motivos de la nueva Ley se dice que se trae a su texto “la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter prefe-

distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos. Debe destacarse también la atribución de legitimación activa al Defensor del Pueblo para interponer este recurso, que es coherente con la que tiene conferida en el recurso de amparo constitucional. Se prevé también un trámite de inadmisión, que persigue impedir la utilización abusiva o fraudulenta de este procedimiento especial, salvaguardando su finalidad”.

¹⁷ Así se destaca por CÓRDOBA CASTROVERDE, *El amparo jurisdiccional en lo contencioso-administrativo*, cit., p. 272.

¹⁸ Como decía la S. de 11 febrero 1993, “constituye una peculiaridad específica del procedimiento regulado en la Sección 2ª de la Ley 62/1978, que lo singulariza frente al recurso contencioso-administrativo ordinario, su naturaleza sumaria, que se traduce en una abreviación de los plazos procesales, en la supresión de determinados trámites y en una concentración de los mismos, con el propósito de lograr una pronta respuesta judicial cuando lo que puede estar en juego es la intangibilidad de un derecho fundamental”. En el mismo sentido, entre otras, Ss. de 3 noviembre y 22 diciembre 1982 (Ar. 6584 y 8077) y 26 febrero 1991 (Ar. 1372).

rente y urgente que ya tiene”. Mas, como destacó el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto, “tal afirmación es parcialmente inexacta, pues aunque la tramitación de dicho recurso mantiene el carácter de preferente (artículo 109.3), ha desaparecido la expresa declaración de urgencia que respecto del mismo declara el artículo 10.1, LPDF. Por tanto, la urgencia queda sustituida por la mera brevedad de los plazos”. Lo que tampoco es del todo exacto, porque el carácter preferente -que se mantiene en la nueva Ley- tiene un importante efecto: la posibilidad de alterar el orden de los señalamientos para dictar sentencia (arts. 61.1 y 62.3).

Y no hay que lamentar la supresión del carácter urgente, ya que no tenía sentido que en todo caso corrieran los plazos para realizar las actuaciones en el período de vacaciones, cuando luego va a demorarse excesivamente la tramitación por el cúmulo de asuntos. Y siempre podrá el Tribunal habilitar los días inhábiles cuando la naturaleza del asunto lo requiera, ejerciendo la facultad que le reconoce el artículo 184.2, LOPJ. En todo caso, dada la especial regulación del proceso en el supuesto de protección del derecho de reunión en los casos en que los promotores no acepten la propuesta de prohibición o modificación (artículo 117).¹⁹

- c) *Presupuesto del proceso de amparo y, en su caso, del proceso ante el Tribunal europeo de derechos humanos*

El artículo 43.1, LOTC, establece como presupuesto procesal del amparo “que se haya agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución”. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se agotará la vía judicial previa acudiendo a este proceso especial o al proceso administrativo ordinario. Así, ATC 54/1980, de 22 octubre; ATC 58/1980, de 22 octubre; ATC 61/1980, de 29 octubre; ATC 105/1980, de 26 noviembre; ATC 103/1981, de 20 octubre; ATC 104/1981, de 28 octubre; ATC 115/1981, de 12 noviembre; ATC 162/1982, de 5 mayo; ATC 169/1982, de 12 mayo; ATC 273/1983, de 8 junio, y ATC 290/1983, de 15 junio. Como dice la STC 35/1987, de 18 marzo, “las sentencias citadas -12/1982, de 31 marzo; 74/1982, de 7 diciembre, y 31/1984, de 7 marzo- en la demanda, a la vez que cabe añadir la 148/1986, de 25 noviembre, establecen que la utilización de la vía especial y sumaria de la Ley 62/1978 deja expedito el camino del recurso de amparo cuando la protección pretendida no se ha conseguido, siendo indiferente que la frustración de ésta venga fundada en estimaciones procesales o pronunciamientos de fondo, pues la vía judicial previa ha cumplido su finalidad en ambos casos, incluido el supuesto de que la jurisdicción la haya declarado inadecuada, pues también en éste la decisión judicial está proclamando que estima inexistente la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y tal declaración es, precisamente, la que abre el cauce procesal subsidiario del recurso de amparo”.

Cualquiera que sea la vía procesal elegida, es necesario agotar los recursos admisibles -apelación o casación-, aunque no el excepcional de revisión, aunque fuera admisible. Los re-

¹⁹ EMBID IRUJO, *El derecho de reunión. Referencia especial a la protección judicial*, RAP, núm. 100-103; GONZÁLEZ-RIVAS, *El proceso en materia de reunión y manifestación*, en “Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos”, CDJ, núm. XI, 1992, p. 368; CÓRDOBA CASTROVERDE, *El amparo judicial en lo contencioso-administrativo*, cit., p. 289.

curso de amparo “solo son viables cuando se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial” (AsTC de 6 mayo y 11 noviembre 1992). Si bien, como destaca CARMEN SENES MOTILLA, en alguna ocasión -así STC de 21 febrero 1989- matiza el requisito en el sentido de que “no obliga a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación existentes en el Ordenamiento, sino solo aquellos que razonablemente convengan”, no considerando razonable el TC la exigibilidad del recurso de apelación frente a la sentencia desestimatoria recaída en el proceso de la LPDF que remitió a los recurrentes a la vía ordinaria, pues “es razonable estimar que aquietados los recurrentes ante la primera decisión judicial, no insistieran en tal cauce especial que se les indicaba como improcedente e iniciaran la segunda vía de impugnación señalada como correcta, lo que si bien no supone, en efecto, el agotamiento de todos los recursos posibles... sí satisface el presupuesto que examinamos al dar oportunidad en dos ocasiones consecutivas a los órganos judiciales de pronunciarse sobre la lesión constitucional” (STC 48/1989, de 21 febrero).²⁰

Para acudir a la Comisión europea y Tribunal europeo de derechos humanos es necesario que “se hayan agotado todos los recursos internos, de conformidad con los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos” (artículo 26 de la Convención europea de derechos humanos).²¹ Como entre los recursos internos que se regulan en el Ordenamiento jurídico español figura el recurso de amparo ante el TC, para acudir al Tribunal europeo será necesario, además de agotar los recursos ante los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, interponer el recurso de amparo ante el TC, y solo cuando haya recaído sentencia –o resolución que impida la continuación del proceso- en éste, quedará abierta la vía jurisdiccional ante el órgano jurisdiccional europeo. El problema se plantea respecto de aquellos derechos fundamentales que gozan de protección jurisdiccional ante el Tribunal europeo y no ante el TC español. El ejemplo típico es el derecho de propiedad: goza de protección ante el Tribunal Europeo (Protocolo número 1 de ampliación de los derechos a que se refiere el Convenio de 1950) y no del amparo (v.gr., Ss. de 21 marzo 1983 -Ar. 1558- y 6 febrero 1985 -Ar. 469-; A. de 22 noviembre 1990). En estos supuestos, no se podrá acudir al amparo ante el TC ni al amparo jurisdiccional. Porque en el supuesto de que la lesión derive de la actuación de una Administración pública sujeta al Derecho administrativo, una vez agotados los recursos ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo, quedará abierta la vía jurisdiccional ante el Tribunal europeo.

d) *Coexistencia y alternatividad entre el proceso administrativo ordinario y el especial de protección de los derechos fundamentales*

La jurisprudencia ha dejado claro la coexistencia, alternatividad o simultaneidad del proceso administrativo ordinario y este proceso especial. La protección jurisdiccional ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo de uno de los derechos fundamentales que gocen

²⁰ *La vía judicial previa al recurso de amparo, cit.*, pp. 65 y ss.

²¹ GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de práctica forense administrativa*, 4ª edición, Civitas, 1993, pp. 336 y s.

de ella, podrá demandarse en una u otra vía, con carácter alternativo o simultáneo; pero no sucesivamente. Así, por ejemplo, SsTC 23/1984 de 20 febrero; 84/1987, de 29 mayo; 42/1989, de 16 febrero; 98/1989, de 1 junio.²²

Doctrina congruente con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva. Porque, ante las dificultades que a veces se plantean para delimitar el ámbito de este proceso especial y la improcedencia de acudir sucesivamente a uno y otro proceso, ha de admitirse que el afectado pueda incoar un proceso especial y, para el supuesto de que no fuera el cauce procesal adecuado, acudir al proceso administrativo ordinario sin que opere la excepción de litispendencia.

Una jurisprudencia progresiva había establecido asimismo, para evitar las consecuencias contrarias al acceso a la Justicia que podrían derivar de la errónea iniciación del proceso especial cuando no era el adecuado, que en estos casos, el Tribunal, en lugar de declarar la inadmisibilidad, debería seguir el procedimiento por los trámites del ordinario. Así, As. de 22 febrero y 18 julio 1985 (Ar. 1226 y 3922). Mas esta jurisprudencia progresiva, impuesta por una correcta interpretación del artículo 24, C.E., fue abandonada, llegando a consolidarse la contraria. En este sentido, el A. de 8 junio 1992 (Ar. 4778), estableció:

El Auto apelado acordó la conversión de un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales interpuesto por la entidad recurrente en uno ordinario, confiriendo a la representación de la parte actora el plazo de diez días para interponer el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo. Sin desconocer que en alguna ocasión la jurisprudencia de este Tribunal apuntó en el sentido de la solución indicada, sin embargo, en la actualidad está perfectamente consolidada la doctrina -también recogida en la STC 29 mayo 1987- de que la garantía contencioso-administrativa regulada en la Ley 62/1978 no suspende el transcurso del plazo para interponer el recurso ordinario ni implica una reserva del derecho al ejercicio de la acción por esta vía. Por eso, al ser contraria a este criterio la resolución judicial impugnada, procede que se estime el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado.

Doctrina que ya había mantenido el TC (v.gr., SsTC 37/1982, de 16 junio, y 24/1983, de 6 abril).

Esta es la solución que adopta la nueva Ley, si bien establece un trámite especial para pronunciarse sobre la inadmisión por inadecuación del procedimiento (art. 112.2),²³ que, si se cumple, daría oportunidad al demandante, una vez conocida esta resolución, de interponer el “recurso contencioso-administrativo” ordinario dentro del plazo general, sin perjuicio de que,

²² CORDOBA CASTROVERDE, *El amparo judicial*, cit., pp. 275 y ss.; SENES MOTILLA, *La vía judicial previa*, cit., pp. 56 y ss.; GONZÁLEZ-RIVAS, *Reflexiones sobre la protección de los derechos fundamentales*, en “Incidencia de la Constitución”, cit., pp. 338 y ss.

²³ Esta novedad de la Ley fue destacada al estudiar el anteproyecto por CONDE MARTÍN DE HIJAS, en *El procedimiento contencioso-administrativo*, en “La reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, p. 93.

en caso de que se estime no conforme a Derecho el auto de inadmisión, interponga contra éste los recursos procesales en cada caso admisibles.

3. *Fundamento*

Como he señalado al referirme en general a la conveniencia de estructurar garantías jurisdiccionales reforzadas para la protección de derechos fundamentales, ha sido puesto en tela de juicio.

Es indudable que las dos razones que se adujeron en justificación del proceso regulado en la LPDF -celeridad frente a la lentitud y un reforzamiento de las medidas cautelares- tuvieron una relevante operancia en la eficacia de este proceso especial, lo que dio lugar a un abuso del mismo, con el consiguiente aumento de la carga que pesaba sobre nuestros Tribunales contencioso-administrativos, al duplicarse muchas veces los recursos: el especial, para lograr la suspensión de la ejecución del acto administrativo objeto del recurso, y el ordinario por si aquél no era admitido.²⁴

Pero este positivo aumento de las garantías procesales administrativas cuando se trataba de la protección de derechos fundamentales va a desvanecerse muy pronto, por las razones siguientes:

a) Que si bien no puede discutirse la simplificación de la tramitación y brevedad de los plazos, la celeridad conseguida en la tramitación de estos procesos frente a la desesperante lentitud de los procesos administrativos ordinarios, se debió fundamentalmente al carácter preferente asignado por la Ley, que permitió a las Salas alterar el orden de los señalamientos anteponiendo la decisión de estos “recursos” en detrimento de los demás. Mas cuando las Salas se inundaron de “recursos” interpuestos por este cauce procesal y se perdió la aureola con que aparecían rodeados inicialmente, el tiempo que se tardaba en obtener sentencia -aunque siempre más breve que el que se tardaba en el proceso administrativo ordinario- excedía con mucho del proceso “sin dilaciones indebidas” que exige una tutela jurisdiccional efectiva, tal y como se proclama en el artículo 24, C.E.

b) Que aunque la LPDF establecía que se acordaría la medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto impugnado “salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general” (art. 7º.4) y así se acordó en los primeros tiempos de aplicación exigiéndose de los defensores de la Administración pública prueba del “perjuicio grave para el interés general”, se pasó a denegar la suspensión siempre que el defensor de la Administración alegaba simplemente ese grave perjuicio para el interés general -con un sucinto razonamiento sin prueba alguna-, para acabar exigiendo los requisitos generalmente exigidos por la Ley procesal administrativa para poder acordar esta medida cautelar. La jurisprudencia llegó a decir, sencillamente, que, pese a la literalidad del artículo 7.4 de la Ley, “la suspensión no opera de modo automático, ni resulta obligada por el hecho de haberse admitido a trámite este pro-

²⁴ BORRAJO INIESTA, *El amparo judicial*, cit., pp. 80 y ss.

ceso especial, sino que hay que ponderar los distintos intereses puestos en juego, incluida la razonabilidad del propio proceso especial, al que se acude a veces con el fin de encontrar en él una suspensión de la ejecución que resultaría más difícil de obtener en un proceso ordinario, dada la diferencia de redacción existente entre el artículo 122.2 de la Ley de 1956 y el artículo 7.4, Ley 62/1978”. Así, As. de 30 octubre 1995 -Ar. 7642- y 29 enero 1996 -Ar. 556-.²⁵

Y, en todo caso, aunque se cumpliera estrictamente la regulación de este proceso especial, únicamente conferiría una protección especial con un adecuado sistema de medidas cautelares. Pero si éstas se regulan adecuadamente con carácter general, no tendría sentido la regulación especial.

Y es que para que los derechos fundamentales resulten eficazmente protegidos por los Tribunales, es necesario contar con un proceso especial realmente sumario, como el que, sin duda, estaba en la mente de los constituyentes al redactar el artículo 53.2, C.E. Sí confiere protección efectiva del derecho de reunión la regulación especial del artículo 117, en la que sí se prevé un proceso sumario. Pero no el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales que regulaba la LPDF y hoy el capítulo I del Título V de la Ley.

4. *Regulación*

Según el artículo 109.1 de la Ley -al igual que el artículo 6, LPDF-en lo no previsto en su regulación específica -Capítulo I del Título V-, se regirá por las normas generales del proceso administrativo. Así lo había reiterado la jurisprudencia (v.gr., Ss. de 3 octubre 1981 -Ar. 3735-; 25 febrero y 18 marzo 1983 -Ar. 942 y 1551-; 7 octubre 1987 -Ar. 6736-; As. de 1 diciembre 1987 -Ar. 9260-; 18 mayo 1988 -Ar. 4177-; 13 marzo 1991 -Ar. 2278-; 24 marzo 1992 -Ar. 2102-). Ahora bien, como dice el A- de 2 noviembre 1990 (Ar. 8079) (25): “la aplicación supletoria a este procedimiento de las normas del ordinario regulado en la LJ debe limitarse a aquellos casos en que resulta inexcusable el cumplimiento de un trámite no previsto en la primera, pero no para establecer que una resolución pueda ser objeto de recursos no previstos en la Ley 62/1978, y que, además, está en abierta oposición con la tramitación urgente y plazos abreviados que rigen en este procedimiento”.

III. OBJETO DEL PROCESO

1. *Ámbito del proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la persona*

Este proceso especial se instauró -y así se configura en la normativa vigente- para la protección de los derechos fundamentales. Pero no de todos los derechos fundamentales que con-

²⁵ LÓPEZ RODO, *Las medidas cautelares en la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en “La Reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1997, pp. 151 y ss.

sagra la C.E., sino de los derechos comprendidos en los artículos 14 a 29 y el derecho a la objeción de conciencia (Ss. de 18 marzo 1991. Ar. 2287; 27 febrero 1995. Ar. 3189; 11 abril 1997. Ar. 3907).²⁶

Como señala PABLO SAAVEDRA, en el artículo 6, LPDF -hoy artículo 109, LJ- se contemplan tres elementos objetivos que integran el enjuiciamiento:²⁷

- Los derechos y libertades fundamentales protegidos.
- Los actos y omisiones administrativas que pueden ser enjuiciados.
- Las modalidades de pretensiones jurisdiccionales planteables.

La reciente regulación ha venido a superar algunas de las dudas planteadas por la normativa anterior.

A continuación se examinan estos tres elementos delimitadores.

2. *Derechos y libertades fundamentales protegidos*

a) *Delimitación*

Los derechos y libertades protegidos quedaron perfectamente delimitados en la LPDF, artículo 6, con la adición que introdujo el Decreto legislativo 342/1979, y la D.T. segunda de la LOTC. Son los derechos fundamentales y libertades públicas que se reconocen en la Sección primera del Capítulo II del Título I, C.E., y, además, el derecho a la igualdad -que reconoce el artículo 14-, así como el derecho a la objeción de conciencia para la prestación del servicio militar (artículo 30.3). Pero ninguno de los derechos que se reconocen en la Sección segunda del mismo capítulo, salvo el ya citado de objeción de conciencia. Como dice la S. de 11 abril 1997 (Ar. 3308. Ponente: CANCER), “el cauce procesal de la Ley 62/1978, por el carácter especial del proceso que allí se construye, excluye la posibilidad de que a su través se conozca de la invocación de preceptos tales como los artículos 35, 36 y 38 de la Constitución, relativos al derecho al trabajo, ejercicio de profesiones liberales y libertad de empresa, al no estar incluidos entre los que cita el artículo 1.2 en relación con el 6 de dicha Ley 62/1978 y Decreto legislativo 342/1979, y Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 octubre, como objeto de protección por ese cauce excepcional”. Tratándose de uno

²⁶ La doctrina ha destacado esta característica del sistema español. Así, LÓPEZ-FONT, *Aspectos procesales de la tutela judicial contencioso-administrativa de los derechos fundamentales*, Granada, 1993, pp. 19 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, *El recurso de amparo constitucional en España: regulación jurídica y práctica*, “Revista Tachierense de Derecho”, núm. 8/1996, pp. 236 y ss.; y *Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos*, en “Manuel Fraga. Homenaje académico”, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, I, pp. 510 y ss.; BREWER-CARIAS, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales*, Caracas, 1993, pp. 80 y ss.

²⁷ SAAVEDRA GALLO, *Ámbito objetivo y plazo de interposición (proceso de protección de los derechos fundamentales de la Ley 62/1978)*, en “Incidencia de la Constitución”, *cit.*, pp. 236 y ss.

de los derechos reconocidos en la Sección primera, “no existe base para cuestionar la adecuación al caso del procedimiento especial” (S. de 10 marzo 1997. Ar. 3095).²⁸

Ahora bien, es necesario para que sea admisible acudir a este proceso especial, según ha sentado la jurisprudencia, la lesión directa del derecho fundamental, sin que puedan plantearse cuestiones de legalidad ordinaria, exigencia esta última que ha dado lugar a denegar protección jurisdiccional especial a lo que constituyan flagrantes lesiones de estos derechos.

b) *Lesión directa del derecho o libertad fundamental*

Como dice la S. de 19 mayo 1997 (Ar. 4531. Ponente: MARTÍN DE HIJAS), reiterando doctrina jurisprudencial consolidada, “los particulares no tienen un derecho incondicionado a disponer del cauce especial de la Ley 62/1978 sin más que una invocación de un derecho fundamental”.

Naturalmente, la verificación de si existe o no lesión del derecho fundamental constituirá la cuestión de fondo. Para la admisión del “recurso contencioso-administrativo” basta un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental y no una mera indicación *pro forma* para dar curso al proceso especial señalado, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado”(A. 17 mayo 1985. Ar. 2371).²⁹ La misma doctrina, por ejemplo, en As. de 13 mayo y 10 junio 1985 (Ar. 2345 y 3836), 23 julio 1990 (Ar. 6147) y 29 abril 1991 (Ar. 3351). Como dice la S. de 20 enero 1995 (Ar. 609), “basta para justificar el pronunciamiento de un fallo de inadmisibilidad, incluso en sentencia, cuando es evidente sin más complejos análisis que un determinado conflicto no afecta a un derecho fundamental”.

c) *Sin que sea posible examinar cuestiones de legalidad ordinaria*

Es constante jurisprudencia de esta Sala -dice la S. de 14 mayo 1985. Ar. 2352-, tan reiterada como numerosa -Ss. 12 junio, 4 octubre, 6 y 21 noviembre y 19 diciembre 1984- la de que la vía procesal emprendida por el recurrente, al amparo de lo previsto en la LPDF, *no permite examinar cualquier infracción del Ordenamiento jurídico*, entrando a ventilar la legalidad del acto y su adecuación al Ordenamiento general, puesto que está configurado como un proceso para la protección de los derechos fundamentales de la persona, y su ámbito se circunscribe a *cuando el acto impugnado vulnera directamente esos derechos*, pero se rebasa el mismo cuando para poder presentar la situación aparentemente violadora del principio constitucional invocado se ha de analizar previamente la legalidad del pro-

28 Un completo resumen de la doctrina jurisprudencial, en E. GONZÁLEZ SALINAS, *Protección jurisdiccional*, cit., pp. 39 y ss.

29 CÓRDOBA CASTROVERDE, *Amparo judicial*, cit., pp. 275 y ss.; SAAVEDRA GALLO, *Ámbito objetivo*, cit., p. 248.

pío acto a la luz de preceptos legales de inferior rango jerárquico”. Y es que “dado el objeto limitado del procedimiento especial, no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público priva, modifica o restringe los derechos fundamentales de la persona, quedando los restantes aspectos de la actividad pública... reservados al proceso ordinario (Ss. de 26 marzo 1991. Ar. 2672, y 18 marzo 1991. Ar. 2287).

Se ha matizado, no obstante, esta doctrina jurisprudencial, como hace la S. de 7 julio 1995 (Ar. 5762. Ponente: GARCÍA CARRERO), al decir en su Fundamento de Derecho sexto:

Finalmente, por lo que se refiere al bloque de legalidad susceptible de contención en el ámbito del proceso especial de la Ley 62/1978, recuerda la STC 80/1990 de 30 abril que... “como ha declarado este Tribunal en reiteradas sentencias (por todas, STC 58/1983) y resulta de lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución, el recurso de amparo no es cauce para valorar problemas de legislación ordinaria con la única excepción de aquellos casos en los que, puestos en juego derechos fundamentales susceptibles del mismo y, por tanto, comprendidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, la inteligencia, aplicación o interpretación de los preceptos de la legislación ordinaria vulneren tales derechos” (FJ2º). La necesidad de este análisis es patente en el caso actualmente sometido a nuestra consideración, en que el derecho fundamental invocado que constituye la materia de debate es el de igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución y que, según la misma jurisprudencia, “no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas” (STC 76/1983, de 5 agosto), lo que supone respecto de la valoración jurídica de los hechos que sirven de antecedente a este recurso, la necesidad de tomar también como referente a preceptos de legislación ordinaria.

Esta evolución de la jurisprudencia se ha reflejado al plantear el tema de la invocación de la desviación de poder como elemento de impugnación de encauzamiento posible en este proceso especial. Rechazado en algunas sentencias (v.gr., S. de 25 febrero 1992. Ar. 1037), se ha atenuado en otras, como se resume en la S. de 2 abril 1993 (Ar. 2755).³⁰

30 Esta sentencia, dice “La decantación del fenómeno jurídico de la desviación de poder, concebida con sustantividad propia y diferenciada de los restantes supuestos de ineficacia del acto administrativo, plantea problemas de exégesis y de enjuiciamiento que -no obstante su tradición legislativa, que se remonta a la Constitución republicana de 1931- explica, tal vez, la relativa cortedad de su acogimiento positivo en la doctrina jurisprudencial. Esta dificultad resulta más acusada si trasladamos la cuestión al ámbito jurisdiccional del proceso especial de la Ley 62/1078, de 26 de diciembre, en donde el alegato de la desviación de poder puede venir propiciado como una táctica procesal para obviar la inapelabilidad de una determinada clase de resoluciones (art. 94.2.a), LJ), y a la vez como cobertura instrumentalizadora de pretensiones que, a pesar de estar ancladas en la legalidad ordinaria, son desviadas hacia el cauce procesal sumario de los derechos fundamentales (art. 53.2, CE). La especial cautela que la pureza del procedimiento impone, y la confusión antes enunciada entre los fundamentos de legalidad ordinaria y los de supuesto rango constitucional alegados por los respectivos protagonistas ha originado, en los casos concretos, declaraciones jurisprudenciales aparentemente sugeridoras del rechazo a la viabilidad de pretensiones de amparo judicial por el cauce de la Ley 62/1978, cuando el acto administrativo vulnerador de derechos fundamentales tiene su rango legal de ineficacia en la desviación de poder. Sin embargo, con una visión más profunda de esta perspectiva jurisprudencial (de la que pueden ser exponente las Ss. de 21 abril 1978, 29

3. *Actuación de la Administración pública en relación con la que se puede formular pretensión por el cauce de este proceso especial*

La entrada en vigor de la LPDF planteó la cuestión de frente a qué tipos de actuaciones de la Administración podía formularse una pretensión en este proceso especial. En unos casos, se planteaba en términos análogos a como se planteaba al delimitar el ámbito del proceso administrativo en general -como inactividad de la Administración y vía de hecho-,³¹ y en otros, por si la peculiar naturaleza de este proceso especial resultaba compatible con el objeto de la pretensión, como las deducidas frente a disposiciones generales.³² Duda que resolvió la jurisprudencia en el sentido de admitir con la mayor amplitud las pretensiones frente a cualquier tipo de actuación de la Administración -incluso disposiciones generales y vía de hecho-.³³

Con arreglo a la nueva Ley no ofrece duda que no se da ninguna especialidad en este proceso administrativo en lo que se refiere a la actuación de la Administración en relación con la que puede formularse una pretensión. Se aplican las normas generales.

4. *Pretensiones objeto de este proceso*

Asimismo se planteó la cuestión del tipo de pretensiones procesales admisibles, principalmente si podían plantearse pretensiones de indemnización. Después de una primera fase en que la jurisprudencia fue rotundamente negativa con esta posibilidad, llegó a prevalecer la doctrina contraria. La S. de 7 julio 1995 (Ar. 5762. Ponente: GARCÍA CARRERO), resume así la evolución de la jurisprudencia en el Fundamento de Derecho cuarto:³⁴

En la jurisprudencia de esta Sala cabe señalar algún antecedente (v.gr., S3ª de 29 septiembre 1984. Ar. 4619) donde se afirma que “desborda la esencia y función propia del proce-

abril 1988; A. de 27 noviembre 1989; S. de 23 julio 1990), puede inferirse que la declaración negatoria pronunciada en cada caso no tanto va dirigida de modo directo y principal a la cuestionabilidad procesal de la desviación de poder como al rechazo de pretensiones que, careciendo prima facie de contenido constitucional, se adornan con la vestidura escenográfica de la desviación de poder. Es necesario constatar, por tanto, que bien de forma implícita (v.gr., Ss 26 mayo 1987, 27 marzo 1990, 28 marzo 1990, 20 mayo 1990 y 23 julio 1990), o bien abordando directamente la cuestión (v.gr., Ss 16 mayo 1986 y 6 marzo 1991), este Tribunal ha dado acogimiento, en el ámbito del proceso especial de la Ley 62/1978, a pretensiones en las que se denuncia como vicio invalidatorio del acto administrativo impugnado la desviación de poder; en el bien entendido, conforme se declara en la citada sentencia de 16 de mayo de 1986, que “tal instituto, de por sí, y en exclusividad, no puede dar lugar a la estimación de un recurso deducido en la demanda de protección de libertades y derechos fundamentales, a menos que se vincule al quebranto de los mismos...”.

31 SENES MOTILLA, *La vía judicial previa*, cit., pp. 41 y ss; SEVILLA MERINO, *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho*, Civitas, 1992, pp. 281 y ss.; MARTÍN REBOLLO, *La vía previa al recurso de amparo constitucional*, en “El Tribunal Constitucional”, cit., II, p. 1684.

32 P. GONZÁLEZ SALINAS, *El proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*, REDA, núm. 23, pp. 643 y ss.

33 Un resumen de esta jurisprudencia, en E. GONZÁLEZ SALINAS, *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*, cit., pp. 156 y ss.

34 Esta doctrina va a reiterarse días después en S. de 10 julio 1995 (Ar. 5766. Ponente: GONZÁLEZ MALLO).

dimiento objeto de regulación por la referida Ley 62/1978” la extensión de la pretensión tutela a peticiones de indemnización de daños y perjuicios derivados de la lesión del derecho fundamental invocado. Esta parece ser la orientación seguida por la Sala de instancia al afirmar tajantemente y sin ulteriores matizaciones que “...la única cuestión a dilucidar es de si en la aplicación de los actos administrativos objeto del recurso, y de la prueba practicada en el mismo, se deduce que se ha producido lesión a los derechos fundamentales de libertad de expresión y de información, así como el principio de igualdad proclamadas en nuestra Constitución” (FD3°).

Dicha orientación, quizás influida por la jurisprudencia constitucional que operando sobre textos legales y ámbitos competenciales de diferente contenido (*cf.* art. 54, LOTC) había declarado que en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso (*cf.* SsTC 21/1983, de 22 marzo; 22/1984, de 17 febrero), ha dado paso ulterior a una jurisprudencia consolidada que admite la adición de peticiones indemnizatorias a la pretensión principal cuando tal indemnización, por vía sustitutoria o complementaria, constituye el medio idóneo para el pleno restablecimiento del orden jurídico perturbado por el acto lesivo. En otro caso, como se dice en ATS3ª.7 de 20 noviembre 1989 (Ar. 7811), en la eventualidad de una imposible ejecución “in natura” del restablecimiento en el disfrute del derecho fundamental vulnerado, “...la sentencia obtenida por el recurrente carecería de eficacia alguna real, con lo que el acto recurrido, pese a su anulación por la sentencia, habría consumado toda su eficacia lesiva contra el actor, para quien de este modo su derecho constitucional a una tutela judicial efectiva habría quedado burlado en este caso, en el que la sentencia obtenida no tendría más que una eficacia simbólica”.

Y no es argumento válido en contrario la manifestación de que las partes pueden acudir al procedimiento ordinario para el ejercicio de la pretensión indemnizatoria, fundándose en la brevedad y sumariedad del procedimiento especial de la Ley 62/1978, pues, dicho está en la S. de 13 marzo 1991 (Ar. 2278) que “...en la misma Ley 62/1978, al regular en la Sección 1ª la garantía jurisdiccional penal, también en un procedimiento especial y abreviado, el artículo 4.5 se refiere a las indemnizaciones por daños materiales y morales, y, en la Sección 3ª, al regular la garantía jurisdiccional civil, no se refiere expresamente al pronunciamiento indemnizatorio por daños y perjuicios, pero su posibilidad está fuera de toda duda, y así lo establece expresamente el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, al establecer la condena a indemnizar daños y perjuicios como una de las medidas encaminadas a restablecer al perjudicado en el pleno disfrute del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que garantiza el artículo 18 de la Constitución” (FD4°). Cosa distinta es cuando existe una norma específica que delimite excepcionalmente el contenido de la pretensión de tutela como viene establecido para el orden jurisdiccional laboral en el art. 175 LPL, por lo que en definitiva, en el supuesto que aquí se debate hay que estar a las disposiciones generales contenidas en los artículos 42, 79.3, 84.c) y concordantes de la Ley Jurisdiccional, invocados... de aplicación supletoria con arreglo a lo establecido en el artículo 6° de la Ley 62/1978, dando cabida procesal a las pretensiones indemnizatorias “cuando la restauración del derecho vulnerado lo imponga de modo necesario” (S. de 2 octubre 1987. Ar. 6692”).

A tenor de la nueva Ley es incuestionable que en este proceso especial podrán deducirse cualquiera de las pretensiones admisibles en el proceso administrativo ordinario. El número 2 del artículo 109, dice: “Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 30 y 31 de la presente Ley, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado”.

LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

Oswaldo Alfredo Gozaíni^(*)

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Los derechos humanos constituyen, sin duda alguna, el fenómeno más importante que deja este siglo al comenzar su atardecer. No son muchas las experiencias valiosas que trasunta el milenio (V.gr.: dos guerras mundiales, enfermedades sociales, egoísmos manifiestos, odiosas desigualdades, carencias y estrecheces insospechadas, entre tantas penurias que muestran el agobio moral del siglo XX) y por eso es tan importante destacar la trascendencia que reflejan los derechos del hombre en un mundo que está cambiando sus paradigmas.

Nos resulta suficiente expresarlo, pero cobra relieve la dimensión cuando se lo observa en el desarrollo histórico tomado desde una perspectiva jurídica.

1.2 Y en este sentido ¿qué es lo que se puede comprobar? En primer lugar, acuñado desde el derecho romano, la idea fuerza de las sociedades fue lograr certidumbre y orden en aras de establecer un *jus comune*. Luego, en la edad media, la Iglesia y su notable influencia normativa, elimina esa tendencia para recopilar leyes y disposiciones fuertemente dominadas por un sentido cultural metafísico.

1.3 Después llegó el tiempo de la codificación.

Bien se ha dicho que

La codificación es uno de los productos más acabados y llamativos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, una de sus expresiones formales más genuinas; se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval. Esta parece ser

^(*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires y Profesor Titular de Derecho Procesal y Derecho Procesal Constitucional de su Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjetura que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Desde el momento que las condiciones materiales o ideológicas eran diversas, tal propósito constituiría, como ha puntualizado Bartolomé Clavero, un imposible histórico, y una interpolación fatal habría sido pensar en códigos antes de una innovación tecnológica como el surgimiento de la imprenta.¹

Los códigos se redactan con un obsesivo afán de claridad, donde son ejemplos grandilocuentes el Código Napoleón con su floripondioso lenguaje, y la belleza gramatical del Código Civil de Andrés Bello. Esta es una diferencia intrínseca con las recopilaciones, que con otra intención, utilizaron una técnica expresiva barroca, con reiteradas insistencias conceptuales (en razón de compilar leyes de naturaleza diversa -civiles, penales, mercantiles, políticas, fiscales, procesales, etc.) y teñidas de una retórica de difícil lectura.

1.4 La codificación tiene un éxito notable. Se difunde por Europa en el siglo XIX y hegemona los modelos normativos. Al mismo tiempo, venía acompañando la formación del Estado moderno, un suceso paralelo: el constitucionalismo.

Por eso, tanto los códigos como las leyes fundamentales gozan de una similar contextura. Pretenden claridad y orientación y asumen el rol de ser la mejor representación de soberanía de los nuevos Estados. Cada uno tiene su propia constitución y sus códigos de fondo.

1.5 Hasta aquí el hecho más notable de la evolución lo refleja la forma como se implementan los ordenamientos jurídicos. Todos ellos aspiran a hegemonías singulares, a ser pilares y artífices de un proyecto ideológico. No se mira al vecino, ni a otros; sólo se pergeña un modelo ideal fronteras adentro. La noción de soberanía domina el sistema.

En definitiva, había nacido el paradigma. Concepto bien acuñado a partir de la rigidez constitucional, pues debía permanecer en sus términos como un baluarte de ejemplos sociales y políticos a seguir en la medida que, siendo las libertades la base esencial del sistema, no podía pensarse en modificarlos. Por eso y para eso las constituciones fueron leyes fundamentales afianzadas por los modelos de permanencia y eternidad.

1.6 El siglo XIX afirmó y desarrolló los sistemas constitucionales. También se consolidaron las normas codificadas del derecho privado. Ambos, aparecían como esquemas sólidos, precisos y eficaces para regular la sociedad civil y el equilibrio entre poderes de un Estado. El problema inmediato fue cuando la sociedad cambió. Una clara despersonalización en las relaciones individuales, así como la explosión demográfica, provocaba una sociedad de masas, en la clara definición de Ortega y Gasset; era un tiempo de anonimatos y una modificación profunda

¹ Bartolomé Clavero, *Codificación y Constitución; paradigmas de un binomio (quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno)*, Firenze, Italia, 1989. Cfr. Carlos Raúl Nuñez, *Codificación, tecnología y modernidad -La muerte de un paradigma-*, ed. Ara, Lima, Perú, 1996, págs. 25 y 26.

en los comportamientos al incentivarse los modelos económicos y las culturas egocéntricas imponiendo modas y predilecciones.

1.7 De pronto, la codificación sufre el impacto. Los jueces debían elaborar un trabajo sistémico de adecuación a los tiempos y necesidades. La aventura hacia una justicia con mayores poderes y deberes queda reflejada, principalmente, en Italia (1940), y prontamente se transmiten los resultados por toda Europa y América.

La inmutabilidad normativa tuvo en los jueces una vía de elusión. En realidad, la interpretación judicial permitió elastizar algunos conceptos y recrear instituciones que estaban presentadas como programas a elaborar. La jurisprudencia, con su encanto e imaginación, amplió los límites codificados y constitucionalizados.

Esta situación plantea en el siglo XX una auténtica revolución. La sólida estructura de los códigos y la férrea implementación de las leyes fundamentales, perdieron consistencia cuando los jueces iniciaron el proceso de interpretación.

1.8 La utilización de legislación extranjera, y la asimilación interna de las sentencias de otros países era imprescindible por el grado de adelanto que algunos tenían respecto a la lectura asumida de los cambios ideológicos y las transformaciones industriales.

Todas las leyes y sus instituciones fueron modernizándose, tomando de otros las adaptaciones y copiando de sus reglas los principios que todavía se marcaban hacia adentro. Esto equivale a decir que el modernismo institucional fue causado por una importación de principios que se dieron al paso de las generaciones. Aún se registraban los cambios para cada nación, como reducto particular que se acomodaba a los cambios y reclamos sociales.

2. LA TENDENCIA CONSTITUCIONAL (DERECHOS FUNDAMENTALES) A FINES DE SIGLO

2.1 Los derechos humanos han igualado la normativa fundamental de los Estados, otorgando una base similar que progresa y desarrolla las instituciones del constitucionalismo clásico.

Si la característica más elocuente del constitucionalismo referido fue el encumbramiento del principio de legalidad. En esta etapa queda de manifiesto como la evolución constitucional, en sus principales líneas, muestra hasta qué punto la sociedad incide en el comportamiento del Estado, llevándolo a resolver nuevos derechos, transformando otros, o determinando caminos de acción, a partir de la autonomía e independencia que aquella tiene y que elimina la subsidiariedad anterior.

2.2 Algunos autores hablan de un tránsito del Estado de derecho decimonónico al Estado constitucional. Partiendo de la idea de que el Estado constitucional constituye una versión del Estado de derecho, Zagrebelsky analiza las características esenciales del segundo, para proce-

der a continuación a efectuar un contraste con la situación actual. Este autor expresa que

...Vivimos en un contexto ideológico todavía dominado por los principios, o por la ideología, del positivismo jurídico, mientras los caracteres del ordenamiento jurídico actual ya no son conforme a tal ideología... El centro de la construcción jurídico-política ya no radica en el Estado soberano, sino en la Constitución.²

2.3 El análisis de cada aspecto demuestra la significativa influencia que tiene la norma fundamental en el orden jurídico interno. No importa hablar del respeto insoslayable que merece el principio de la supremacía constitucional, sobre el cual volveremos, sino advertir de qué manera cada principio, normas y valores, determinan la suerte de muchísimas instituciones del derecho de fondo llevándolas a adecuar sus precisiones a esa suerte de llamado techo ideológico que no es posible trastornar.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en el capítulo nuevo de la Constitución Nacional de la República Argentina, que introduce bajo el título de “nuevos derechos y garantías” una serie de disposiciones que llevan a resolver el destino de múltiples situaciones, sobre la base de cada principio orientador (V.gr. los derechos laborales y las desigualdades económicas; la participación popular en la economía de mercado; la regulación de los derechos derivados del ambiente y la ecología; la defensa del consumidor y del usuario de bienes y servicios; la regulación de la salud y los derechos del paciente; la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; la calidad y eficiencia de los servicios públicos; la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios; los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos y controversias; las garantías procesales; etc., etc.).

2.4 La evolución someramente descripta permite visualizar un cambio aun más copernicano. Las constituciones en el mundo van mostrando una tendencia hacia la unificación o uniformidad de ciertos derechos fundamentales, y esencialmente, de las garantías que preservan su cobertura y eficacia.

De esta manera, surgen estructuras predispuestas en los llamados “bloques de constitucionalidad”, que toman de las normas fundamentales comparadas y, particularmente, de los tratados y convenciones internacionales, un sistema de fuentes comunes con ambiciones de universalidad.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1 Las nuevas fuentes de producción normativa, en consecuencia, reciben esta novedosa y transformadora cosmovisión desde la cual, todo ordenamiento jurídico interno, globaliza con-

² Gustavo Zagrebelsky, *I diritti fondamentali oggi*, en “Materiali per una storia della cultura giuridica”, vol. XXII/1, 1992, pág. 187. Cfr. Francisco Javier Ansuátegui Roig, *¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli*, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, n° 2, marzo, 1994, págs. 113 y ss.

ceptos acuñados como normas fundamentales, valores superiores, principios intangibles o disposiciones ineludibles que, reunidas bajo un sentido integrador, permiten aflorar la idea de un código común para los derechos humanos.

Sin embargo, esta corriente necesita un paso más para desarrollar y progresar en el espíritu que conforma.

3.2 Aparecen para ello los cuerpos de justicia transnacional que interpretan las normas contenidas en tratados y convenciones. El valor que portan estas decisiones transnacionales varía con los modismos del ordenamiento jurídico donde se aplica. En el marco de la Convención Americana, por ejemplo, las sentencias de la Corte son ejemplificativas, tienen valor suasorio.

3.3 De todos modos, la ausencia de ejecutividad directa no significa ineficacia; tan sólo acota los límites de su obligatoriedad.

El Pacto de San José establece en el art. 25.2 inciso c) que los Estados Partes se comprometen “a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

A su vez, el art. 63 menciona que la Corte Interamericana dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertades conculcados, pudiendo ordenar el pago de una indemnización. En este caso, el resarcimiento se persigue por el procedimiento de ejecución de sentencias que corresponda al sistema procesal del país condenado.

3.4 Esta particularidad demuestra que las decisiones tienen fuerza vinculante y ejecutiva *per se*. No obstante, la práctica indica lo contrario, dando preeminencia al valor declamativo.

Esto es importante considerarlo, porque mal puede llamarse sentencia jurisdiccional aquella que no posee, esencialmente, los atributos de fuerza que contiene cualquier decisión judicial. Por ello, más que de sentencia extranjera, debemos hablar de una decisión transnacional que busca su ejecución directa en el tránsito que las normas locales le permite.

3.5 En síntesis, la sentencia supranacional goza de *executio* pero necesita auxiliarse de la colaboración del Estado Parte para acatar sus resoluciones.

La condición jurídica del poder de ejecución no estaría sujeta entonces al “imperio” o “autoridad” del fallo, sino a los mecanismos internos que permiten realizar los pronunciamientos vertidos.

Esa autoridad no tiene que ser necesariamente impuesta, porque el sometimiento natural del hombre proviene del autoconvencimiento. Es decir, la percepción sensible de que lo dicho es justo aun cuando sea contrario a nuestros pareceres.

3.6 Observemos el fenómeno que ocurre con las sentencias de la Corte Interamericana.

Cuando ella destaca la violación de un derecho humano acceden a un mismo tiempo dos sucesos evidentes. Uno muestra que la obediencia espontánea al derecho del hombre no ha tenido recepción en un Estado en particular; otro, que el fallo hace las veces de componedor jurídico del derecho, juridizando el problema suscitado, penetrando entonces en la vigencia sociológica y moral que la opinión proyecta. El Estado queda expuesto en sus miserias: ha vulnerado un derecho universalmente reconocido. Su deber filosófico será remediar hacia el futuro; su obligación moral interesará al aspecto social del conflicto; en fin, la norma que le impone la sentencia, en cierto modo ha positivizado el derecho humano, saliendo de la abstracción para realizarse en el plano de los hechos.³

4. LA INCORPORACIÓN DE LAS DECISIONES INTERAMERICANAS EN EL DERECHO INTERNO

4.1 Nos referiremos, específicamente, a las decisiones⁴ que toman los dos órganos interamericanos que protegen el sistema creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos son: la Comisión y la Corte.

Si bien la competencia de estos órganos es disímil (mientras el primero tiene jurisdicción consultiva; el segundo tiene, además de ella, jurisdicción contenciosa), ambos pueden interpretar el alcance de las normas del pacto y a través de sus manifestaciones orientar cada ámbito local donde el convenio vaya a aplicarse.

4.2 En Argentina se acepta este temperamento, pero existen discrepancias respecto a la obligatoriedad que tiene la aplicación según el órgano opinante.

a) Una breve síntesis de la evolución jurisprudencial, comienza con el caso “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros” (C.S., julio 7/992) en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (C.S.), dice:

Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

El Pacto de San José de Costa Rica integra el ordenamiento jurídico argentino (art.

³ Adolfo Gelsi Bidart, *Enfoque sobre garantía procesal eficaz de los derechos humanos, en la obra colectiva, Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, ed. UNAM, México, 1992, pág. 345. Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El proceso transnacional. (Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, ed. Ediar, Bs. As., 1992, pág. 90.

⁴ Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Las decisiones en los conflictos transnacionales*, Rev. Ars Juris, Universidad Panamericana, México D.F., n° 12, 1994, págs. 347 y ss.

31 de la Constitución Nacional), puesto que se trata de una convención vigente de la que Argentina se ha hecho parte mediante el oportuno depósito del instrumento de ratificación.

En el caso, por vez primera se aceptó la vigencia del derecho a réplica contenida entre las normas de la convención, y significó variar la jurisprudencia tradicional que acordaba prioridad a las leyes antes que a los tratados. Esta sentencia comienza a establecer el criterio por el cual las sentencias de la Corte Interamericana han de servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales ratificados por Argentina.

b) En “Servini de Cubría, Romilda M. s/ amparo” (C.S., noviembre 8/992), se insiste en la necesidad de adecuar y preferir las normas internacionales sobre el derecho interno que colisiona con esos principios.

c) Avanzando en el tiempo, inmediatamente después de reformada la Constitución local (1994), la Corte tiene oportunidad de interpretar el alcance que tiene en el derecho interno la incorporación de un nuevo artículo en la ley fundamental que dice:

Art. 75 Corresponde al Congreso

...Inc. 22 ...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Esta norma, en la causa “Giroldi, Horacio D. y otro” (C.S., abril 7/995) va a lograr la siguiente inteligencia

Garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención.

En su mérito, la Corte dispuso declarar la inconstitucionalidad de un precepto regulado en el código de procedimientos en lo penal que negaba una vía recursiva por el monto de la pena, dejando por ello al apelante sin el derecho a la doble instancia.

Se aprecia en el caso, una aplicación directa de la Opinión Consultiva 11/90.

d) Una nueva interpretación se obtiene en la causa “Bramajo, Hernán J.” (C.S. setiembre 12/996) donde la Corte debe resolver la posible colisión entre el artículo 7 inciso 5° de la Convención, y el artículo 1° de la ley 24.390 respecto al tiempo que puede permanecer detenida una persona sin que se le dicte una sentencia que ponga fin a su situación procesal.

Allí expresamente se dijo que

La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.

Sobre la base de tales pautas... resulta pertinente reseñar (y aplicar) la opinión de la CIDH, desarrollada en el informe sobre el caso 10.037 de la República Argentina del 13 de abril de 1989 el que, si bien es anterior a la vigencia de la ley 24.390 resulta de significativa importancia para el caso debido a que el mencionado organismo internacional ha fijado las pautas que los Estados Partes deben tener en cuenta al reglamentar lo que se ha denominado “Plazo razonable de detención sin juzgamiento”.

Una vez más se observa como una opinión de la Comisión ingresa determinante para resolver una situación *de jure* del derecho interno.

e) La internacionalización de las normas locales, que mejor dicho, sería hablar de la armonización de las reglas supraestatales con el derecho interno, se consolida en Argentina con la causa “Cafés La Virginia S.A.” (C.S., octubre 13/994) en la cual se reconoce que la derogación de un tratado internacional por una ley o por cualquier otro acto interno de menor jerarquía normativa, violenta la distribución de competencias impuesta por la Constitución Nacional, en la medida que constituye un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre atribuciones del Poder Ejecutivo, que es quien conduce las relaciones exteriores de la Nación.

d) Finalmente existe otra aplicación de decisiones de la Corte Interamericana aunque de manera refleja o indirecta en el sistema local.

Se trata de la denuncia formulada por Guillermo José Maqueda contra el Estado argentino a quien denuncia por violaciones al derecho al debido proceso, y en particular, a la garantía de la doble instancia.

La Comisión emitió el informe n° 17/94 que contiene una exposición de los hechos, y las conclusiones que se entendieron procedentes. Su carácter es confidencial, de modo que se transmite únicamente al o a los Estados interesados que no están obligados a publicarlo.

La Comisión denunció el hecho ante la Corte iniciando la jurisdicción contenciosa. El 20 de setiembre de 1994 las partes llegaron a una solución amistosa que permitió a Maqueda salir en libertad condicional por conmutación de la pena.

Entre líneas pudo leerse que el arreglo conciliatorio era producto de una necesidad normativa que se vería seriamente comprometida si se daba continuidad al trámite contencioso.

4.3 Sintéticamente queda demostrado de qué forma y con qué alcances se interpretan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dándole absoluta prevalencia sobre la opinión que puedan tener los órganos jurisdiccionales internos y con el objetivo de armonizar e integrar el derecho local con la inteligencia acordada por los cuerpos de justicia transnacional.

Sin embargo, existe una duda respecto al valor que tienen dichas interpretaciones cuando provienen de la Comisión Interamericana.

4.4 En efecto, ha dicho Sagüés que

el criterio de la CIDH, con todo el respeto y mérito que pueda tener, no es definitivo, ya que la Corte Interamericana puede compartirlo o no. La naturaleza jurídica de la Comisión y de la Corte no es por ende la misma. Los integrantes de la Comisión son “miembros” (art. 34 del Pacto), mientras que los de la Corte resultan “jueces” (art. 52 del Pacto).

En síntesis, no está mal, desde luego, que los jueces argentinos no ignoren y que tengan en cuenta las recomendaciones, informes, conclusiones y opiniones de la Comisión Interamericana, vale decir, lo que nuestra Corte llama “jurisprudencia”. No solamente a título de cultura jurídica, sino también como criterio valioso y que, en principio, cuenta con la presunción de una significativa cuota de legitimidad. Pero la “guía” que emerge de los trabajos de la Comisión no tiene el mismo valor jurídico de las sentencias o consultas de la Corte Interamericana, órgano máximo y definitivo en la interpretación del Pacto de San José. El valor del seguimiento de uno y otro ente es desde luego diferente, y por supuesto, siempre debe primar el de la Corte Interamericana.⁵

4.5 En cambio, nosotros tenemos una visión diferente. Conviene esclarecer liminarmente que, en todo sistema jurisdiccional, existe un ámbito de libertad creadora para los jueces que en Latinoamérica tiene la característica de no condicionar las decisiones desde que son muy pocas las aplicaciones del principio del precedente obligatorio (*stare decisis*). Esto quiere significar que, cuando un juez debe resolver, aplica su ciencia y conciencia a los hechos que resuelve.

Para formar su convicción es preciso desmenuzar con inteligencia la aplicación de normas contenidas en un contexto global, es decir que, debe observar la totalidad del sistema y ordenar para el caso los contenidos, alcances y efectos de cada disposición.

⁵ Néstor Pedro Sagüés, *El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Jurisprudencia Argentina n° 6033, suplemento del 16/4/97.

4.6 Respecto a las decisiones de la Corte Interamericana no existen dudas sobre la obligatoriedad de respeto y seguimiento cuando ella proviene de la jurisdicción contenciosa, con las aclaraciones que efectuamos al inicio de este estudio.

En materia consultiva, ya se ha dicho que la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. Por eso, la Corte en este ámbito, cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo alcance que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa.⁶

4.7 El problema estaría, entonces, en el valor de las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana.

En toda interpretación hay que partir de una base mínima que resulta del “contexto”. Para ello, no es posible eliminar valores, principios, fines o razones históricas, preferenciando el texto puro del orden normativo. Esta actitud no otorga inteligencia a la ley, sólo la aplica ciegamente.

Asimismo, cualquier sistema de derechos que quiera considerarse completo y total admite “silencios expresivos”. Estos son referentes no enumerados que permiten eludir la frialdad del texto para acomodarlo a sus particulares necesidades.

Si tomamos el art. 29 del Pacto de San José no podremos soslayar el espíritu desde allí alimentado: la jurisdicción interna no puede desvincularse de la interpretación hecha por la justicia supraestatal. Lo cual supone tener un criterio ampliado, una búsqueda de la efectividad y eficacia, que se nutre de los principios, valores, etc., etc., que han especificado los órganos corrientes de interpretación de la Convención.

4.8 Ahora bien, si la inteligencia acordada a un derecho humano cualquiera proviene de la Comisión ¿hasta dónde es obligatorio para un juez local?

No es obligatorio, pero tiene un alto valor persuasivo. Conviene que la jurisdicción local comprenda la congruencia que debe acompañar al derecho internacional de los derechos humanos con las disposiciones internas procurando nunca eliminar un derecho por razones jurídicas. Entre la justicia y la seguridad debe privar la justicia.

4.9 En definitiva, queda de manifiesto que en Argentina, ambos organismos de la Convención reportan con sus opiniones y sentencias una fuente de producción jurídica que se presentan como herramientas productivas para acordar, en el derecho interno, una aplicación inteligente de las cláusulas, derechos y garantías de protección y fomento a los derechos humanos.

⁶ Opinión consultiva n° 1/82 del 24/9/82, Serie A, n° 1 párrafo 51. *Cfr.* Juan Antonio Travieso, *La jurisprudencia en el derecho internacional*, Rev. La Ley, año LXI n° 129 del 8/7/97.

UNA DIFERENCIA IMPORTANTE: EXPLICACIÓN DE LA MANERA COSTARRICENSE DE SOLUCIONAR DIFERENCIAS POLÍTICAS

Carlos José Gutiérrez^(*)

DEDICATORIA

Con una conciencia muy clara de mis limitaciones, constituye sin embargo, para mi un imperativo participar en el merecido homenaje que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha organizado para su distinguido Ex-Presidente Héctor Fix-Zamudio. Muchos años antes de que existieran organismos internacionales con la función de proteger los derechos humanos, cuando ellos no eran mas que ensueños de imaginaciones que lucían afiebradas o se consideraban visiones futurísticas de ciencia ficción, existía ya el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y en él, un hombre con una incansable capacidad de investigar y una muy objetiva y científica manera de ver los fenómenos jurídicos. Nadie que quisiera hacer ciencia jurídica en aquellos años en el ámbito latinoamericano pudo prescindir de obtener su apoyo y su colaboración; nadie que hubiera recurrido a él para pedirle apoyo careció de él. Ningún esfuerzo latinoamericano para hacer ciencia jurídica que trascendiera los límites estrechos del ambiente local, se pudo hacer sin contar con su participación. De modo que ya estaba él en la brega cuando la situación era difícil y las posibilidades estrechas. Por ello, fue uno de los pocos que estuvo listo cuando el ambiente comenzó a ensancharse, cuando hablar de derechos humanos dejó de ser subversivo, cuando la teoría pudo comenzar a transformarse en praxis. Era por tanto absolutamente lógico, que estuviera en el inicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que, después de haber servido en ella, se le nombrara para un segundo período; que ejerciera la Presidencia del Tribunal y que tanto en la condición de Magistrado como en la de Presidente, realizara importantes contribuciones al prestigio del Tribunal, al desarrollo del Derecho de los Derechos Humanos, y al progreso generalizado de las instituciones democráticas en América Latina. Habiendo sido testigo externo de las contribuciones del Profesor Fix-Zamudio en el campo del Derecho de los Derechos Humanos y el progreso de la democracia, me pareció indispensable unirme al homenaje que se expresa en esta obra.

^(*) Ex Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Profesor de Derecho Constitucional.

1. EXPLICACIÓN INICIAL

El propósito del presente trabajo es discutir una característica que considero especial del desarrollo político costarricense, para compararla con lo que ocurrió en otros países latinoamericanos. Es el reiterado uso de la búsqueda de compromisos o transacciones ante los problemas o controversias sociales. Puede tomarse como una nueva versión de lo que se ha llamado la leyenda blanca costarricense. Bajo esta expresión se ha entendido la creencia, compartida por muchos costarricenses, de que su comunidad es diferente a los países que forman Centro América, en la versión más generalizada, y de toda América Latina, en una versión que podríamos llamar de mayor orgullo nacionalista.

Cuando se busca explicar las razones que justifican esa diferencia, la tendencia más frecuente es considerar que el motivo primordial es el más temprano desarrollo de la democracia. Pero ello obliga a sostener que la democracia costarricense fue un fenómeno muy temprano, anterior a la Independencia, lo cual dista mucho de ser cierto¹. En mi opinión, si bien es cierto que la democracia tuvo un arranque temprano en Costa Rica no puede decirse que existiera desde tiempos coloniales, sino que fue, como todas las acciones políticas, un proceso acumulativo que evolucionó, de acuerdo con las circunstancias y las decisiones sociales tomadas, a lo largo de un período histórico.

Sin embargo, es posible rastrear hasta la época anterior a la Independencia ciertas características que van a contribuir a determinar su desarrollo posterior. Hay la escasez de la población indígena en la zona que los españoles consideraron más favorable para sus propósitos colonizadores; el Valle Central, que se constituyó en el centro de su actividad y luego de su desarrollo, lo que hizo que éstos se llevaran a cabo en una forma completamente aislada, dada la carencia de servicios navieros estables y lo extenso y difícil del viaje por tierra. Ese aislamiento, obligó a los colonos a resolver sus problemas en forma independiente, desde el de la subsistencia hasta la defensa de las agresiones de piratas y zambos mosquitos que venían desde el exterior. Así como había pocos indios, se encontraron muy pequeñas cantidades de metales preciosos. Hubo la necesidad de cultivar la tierra, tarea en la cual los propios españoles se vieron en la necesidad de emplearse. Al no haber trabajo esclavo, por lo menos en cantidades mayoritarias, el trabajo de los hombres libres se dignificó y requirió el pago de salario.

La pobreza era, para algunos la tónica general de Cartago y sus zonas vecinas. En 1570 decía Perafán de Ribera: “en esta tierra no tiene V.M. de presente, aprovechamiento ninguno y tanto que no he cobrado mi salario, antes he gastado mi hacienda”. Hay en los siglos siguientes una multitud de menciones del mismo orden.² Un criterio algo diferente aparece en Constantino Lascaris, quien condiciona un tanto las afirmaciones de pobreza, al decir: “Todos los infor-

¹ “Libertad, Derecho y Desarrollo Político. Tres Reflexiones sobre el artículo Primero de la Constitución Política de Costa Rica” (*Boletín Centroamericano de Derecho Comparado*; No. 34, 1964, pp. 167-210).

² *Ibid*, p. 178.

mes de los Gobernadores y los de los Obispos, están llenos de descripciones llorosas de la miseria de los pobladores. Sin embargo, bastaron los años en que se cumplió la libertad de comercio ordenada por Carlos III, para que empezase a cambiar la situación. El comercio directo con Panamá y el contrabando con los Mosquitos se mostró fecundo para la Provincia, a diferencia de la anterior obligación de hacer todo el comercio por Guatemala y León. A finales del XVIII las capitales vuelven a imponer su control comercial y la provincia ve reaparecer la miseria”.³

En una forma más pormenorizada, Iván Molina estudia el inicio del capitalismo en Costa Rica y señala: “El productor directo libre y con algún grado de acceso a la tierra, el cual empezó a poblar la Meseta, después de 1700, araba sobre las cenizas de otro que -para su desgracia- no fue tan afortunado: el indígena. La conquista de Costa Rica, que no fue lo pacífica que se le imputa, destruyó al fin y al cabo una cultura bastante distinta de la española. Los aborígenes diezmados por las epidemias y la explotación, disminuyeron sin descanso durante los siglos XVI y XVII, pero la escasez de la fuerza de trabajo nativa, que hizo fracasar el sistema de la encomienda, no afectó equitativamente a la fuerza invasora... La diferenciación social entre los españoles supuso una suerte distinta al agonizar la encomienda; el encomendero próspero se consagró al comercio al por mayor; y el que contaba con un modesto haber, acabó convertido en labriego; por lo tanto, el campesinado de la Meseta Central tuvo un origen criollo y no meramente mestizo... La raíz criolla, sin embargo, fue esencial: facilitó el despliegue de una cultura campesina única, que no difería agudamente de la del comerciante y que incluía, entre otros, un derecho decisivo -la libertad-, legado por la ascendencia española del productor directo”.⁴

Para el desarrollo de esa sociedad, tuvo una importancia primordial el derecho: “La ley no era el coto privado de un grupo social en particular y tampoco un simple instrumento de dominación... no era una simple farsa ideológica, útil para calmar el ánimo del productor directo. La ley legitimaba la supremacía del comerciante, pero al precio de admitir, simultáneamente, su impugnación por el agricultor. La propiedad y la libertad del mayorista, no podían ser defendidas sin que lo fueran, a su vez, la del campesino... El carácter secular de la diferenciación material despejó el camino para que el derecho canalizara -social e ideológicamente- la conflictividad de todo tipo, para que identificara a la población con la juridicidad vigente y para que legitimara el dominio del mercader sobre el productor directo”.⁵

Ello significó un menor número de fracturas sociales y un mayor grado de identidades o lazos vinculantes entre los distintos grupos. Lo único que le hacía falta a esa comunidad era un producto que pudiera ser colocado en los mercados internacionales para vincularse a la economía mundial. Después de probar infructuosamente con el tabaco y el palo de brasil, a principios del siglo XIX, se encontró finalmente el café, que reunía todas las condiciones buscadas: el cli-

3 *Desarrollo de las Ideas en Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1975, segunda edición, p. 24.

4 *Costa Rica (1800-1850). El legado colonial y la génesis del capitalismo* (Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1991, p. 141.

5 *Ibid*, p. 176.

ma y el régimen de lluvias del Valle Central eran óptimos para el cultivo, el cuidado extremo requerido se adaptaba perfectamente a las pequeñas propiedades de los campesinos, lo que no significaba que no pudiera igualmente cultivarse en propiedades de mayor tamaño; el consumo en los países europeos crecía lo que garantizaba un interés profundo en el mercado. Agréguese a ello la circunstancia de que el producto pudiera soportar un largo viaje hacia las áreas de consumo, sin afectarse en su integridad, y se tienen algunas de las razones que permitieron llevarlo primero a Chile, y luego a Londres, que se convirtió en la puerta de entrada a Europa de Costa Rica, y de proyección de Europa sobre Costa Rica. De allá vinieron los tejidos, las máquinas y los recursos financieros tanto para el sector público como para el privado.

Para el propósito del presente artículo lo más importante es que la creación de una economía crecientemente capitalista se hizo sin dislocación de la organización social que se había construido durante el siglo XVIII. Es cierto que en el curso del siglo XIX, parte de la población campesina se proletarizó y pasó a convertirse en peones de las fincas de mayor tamaño, pero igualmente hubo un número sustancial de ellos que conservaron la condición de propietarios, lo que tuvo tanto impacto, que siempre se les ha utilizado como grupo de presión para los intereses cafetaleros y como factor de importancia en el desarrollo de las actividades políticas. Todavía en 1932, podía un dirigente comunal utilizar la siguiente expresión en un discurso contra los beneficiadores: “me refiero a ese atributo que pareciera ser peculiar de nuestro país... la división de la propiedad raíz inmueble. Aquí, donde es casi desconocido el terrateniente, tenemos la fortuna de ver dividida la tierra casi en tantas partes como pobladores hay; y el pequeño propietario por el solo hecho de serlo se siente encariñado, casi encadenado con eslabones de amoroso afecto a su heredad, que cultiva, que asiste y que defiende con desnudo”.⁶

2. LA TESIS BÁSICA

Me parece importante señalar que ya se busque la explicación puramente política o se tomen en cuenta otros factores sociales, lo cierto es que hay una diferenciación entre el proceso de desarrollo costarricense y el de otras comunidades latinoamericanas, que puede caracterizarse por una menor conflictividad social en el primero. Ello no sólo puede verse como el proceso acumulativo de perfeccionamiento de una forma política de gobierno sino como una reiterada búsqueda de consenso como medio de solución de los problemas sociales y políticos. Desde luego, al utilizar expresiones como “consenso” o “compromiso”, cabe preguntarse: ¿para qué se adopta el compromiso? Ello significa asumir una posición estimativa sobre los posibles resultados de la acción compromisoria, para juzgar el compromiso. No pienso plantearme esa clase de pregunta. Mi hipótesis está más bien en la línea de Niklas Luhmann,⁷ que en la dificultad de escoger entre los valores supremos, se limita a tomar los compromisos como forma de procedimientos que permiten el mantenimiento de la paz.

⁶ *Ibid*, p. 342. La cita es de Manuel Marín Quirós, líder de los pequeños productores en lucha contra los beneficiadores, en un discurso pronunciado el 25 de marzo de 1932, tomado de *Revista de Historia*, de julio-diciembre 1987.

⁷ *Legitimação pelo Procedimento* (Editora Universidade de Brasília Distrito Federal, 1980, traducción del original en alemán *Legitimation durch Verfahren*).

Creo que esa forma sirve para apreciar la forma de vida costarricense, diferenciándola entre los procesos de desarrollo de otros estados latinoamericanos, en los cuales la búsqueda del conflicto se presentó con mayor frecuencia, acostumbrándose a una utilización de la fuerza militar, determinada por la habilidad de los conductores de los ejércitos o de alzados civiles para establecer cuál tesis debía tenerse como triunfadora o cuál tenía que ser el derrotado que siguiera la sociedad. Una serie de ejemplos puede servir para ilustrar los propósitos tenidos en mente:

3. EL MOMENTO DE LA CONQUISTA

Las diferencias comienzan desde el momento de ingreso de los españoles a Centro América. La conquista de la parte norte de Centro América la lleva a cabo Pedro de Alvarado, quien, en la década de 1520 a 1530, a sangre y fuego, derrota a los cachiueles, los quichés y los zutujiles, los tres grupos mayas más importantes, además de los pipiles de Izquintepec y algunos grupos vecinos. La mayor parte de la conquista se lleva a cabo en dos meses en 1524. Pero subsisten grupos de resistencia que obligan a llevar la lucha hasta 1530. En toda esa lucha, Alvarado y sus capitanes hacen gala de una enorme crueldad.⁸

En cambio, la conquista de Costa Rica se lleva a cabo a partir de 1561 o 1562, cuando asume la jefatura de las fuerzas españolas, Juan Vázquez de Coronado. Entre el período de Alvarado y el de Juan Vázquez habían sido dictadas las Leyes Nuevas, que exigían un mejor trato para los indios. Como especifica Carlos Meléndez sobre los poderes de Vázquez de Coronado: “los indígenas quedaban garantizados en su condición. Claramente se desterraba la posibilidad de encomendarlos, y únicamente se toleraba el pago de tributos como forma de compensar los desvelos misionales del conquistador y la Corona”. Eso lleva a Meléndez a sostener que “la conquista de Costa Rica, realizada tardíamente y bajo limitadas facultades, con las normas de moderación y trato justo aplicadas por Vázquez de Coronado dieron como resultado concreto el arraigo en nuestro suelo del germen de un hondo espíritu de rectitud y de justicia, base de la tradición democrática del país”.⁹ Cabría apuntar que el sucesor de Vázquez de Coronado en la Gobernación de la provincia, Perafán de Ribera procedió a dar en encomienda a los indígenas pero la distribución de indios se vio obstaculizada no sólo por las leyes de protección sino también por la escasez de ellos que había en el Valle Central.

4. INICIO DE LA VIDA INDEPENDIENTE

Al producirse la independencia, el tamaño y la importancia económica de las cuatro principales ciudades del Valle Central, Cartago, San José, Heredia y Alajuela, era bastante similar.

⁸ *Historia General de Centroamérica. Tomo II: El régimen Colonial*. “La conquista española de Centro América, Por Wendy Kramer, W. George Lowell, y Christopher H. Lutz, p 21-90 (Flacso, San José, 1994).

⁹ MELÉNDEZ, Carlos: *Juan Vázquez de Coronado. Conquistador y Fundador de Costa Rica* (Editorial Costa Rica, p. 85, 88).

No es por tanto extraño que se planteara entre ellas una pugna para ser consideradas capitales del Estado, que se expresa en la primera Constitución, el Pacto de Concordia de 1821, donde se dispone que la capital será rotativa, residiendo tres meses continuos al año, en cada una de las cuatro poblaciones mayores. Después de fijada la capital en Cartago, en 1823, como resultado de la llamada Guerra de la Liga, don Gregorio José Ramírez se la llevó para San José. Ese primer caso de guerra civil es superado por los ocho años y medio de las dos administraciones de don Juan Mora Fernández, durante las cuales se mantiene la paz inalterable. Al ser necesario la elección de un sucesor en 1833, se plantean divergencias y enfrentamientos, para solventar las cuales, al celebrar las elecciones pospuestas, se plantea la posibilidad de que surja un candidato diferente a los dos que han participado en la contienda. Como dice Jorge Sáenz: “Así nace una nueva figura en la política costarricense: la transacción. Esta figura nueva encaja muy bien en el carácter de este pueblo de montañeses pacíficos, que prefiere arreglar las cosas amigablemente. La transacción tiene el mérito de no disgustar del todo a nadie aunque tampoco complazca del todo a nadie”.¹⁰ Como resultado de esa primera transacción, es electo don José Rafael de Gallegos Jefe de Estado y en su gobierno, se plantea en el Congreso, como solución al problema de la capitalidad que el gobierno rote, por períodos de un año, entre las ciudades de San José, Cartago, Heredia y Alajuela. Después de una discusión sobre su inconstitucionalidad, el sistema entra en vigor, la capital se traslada a Alajuela, donde permanece durante todo el año 1834. Como el sistema demuestra los problemas imaginables en un gobierno donde los funcionarios tienen que cambiar anualmente de residencia, al vencerse el período alajuelense, y plantearse el traslado a Heredia, se produce un proyecto de ley, de derogatoria de la Ambulancia, es aprobado por el Congreso y firmado por el Jefe de Estado, don Braulio Carrillo, lo que provoca un levantamiento de cartagineses, alajuelenses y heredianos que Carrillo derrota, con lo cual queda la capital definitivamente fijada en San José.¹¹

Hubo pues dos acciones armadas, una de un sólo día y otra de quince, alrededor del problema de la capitalidad en Costa Rica. De ahí pasó el país a cuatro años de dictadura de Braulio Carrillo, lo que le permite a los admiradores del proclamado gobernante de por vida, considerarlo como el creador del estado costarricense. Sin embargo, es necesario resaltar que mientras hubo duda sobre cuál debía ser la capital, se invirtió tiempo, talento y esfuerzo en buscar una solución de compromiso, que, aunque parezca absurda, como bien lo apunta Jorge Sáenz, fue recomendada por Juan Jacobo Rousseau, en su *Contrato Social*.¹²

La situación puede compararse con el problema de la organización de la vida independiente de Nicaragua. En este país, en una forma muy similar a Costa Rica, la actividad de los españoles se concentró en una área muy pequeña. El equivalente al Valle Central costarricense fue la zona situada entre los dos grandes lagos, de Nicaragua y de Managua, y el Océano Pacífico. En ella, se formaron dos asentamientos importantes: León al Norte, cerca del Pacífico, y Granada, a las orillas del Lago de Nicaragua. El mayor potencial agrícola de León se balanceaba con la facilidad de acceso de Granada al Lago y, a través suyo y del río San Juan al Océano

10 *Los años de la Ambulancia (1834-1838). Gallegos y la capital ambulante* (Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1989) p. 31.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, p. 55.

Atlántico, dentro de la concepción aceptada desde la época colonial de que era la zona de mayores posibilidades para unir el Atlántico y el Pacífico en Centro América. Esa diferencia regional adquirió, al principio de la vida independiente una connotación ideológica, al identificarse los Liberales con León, sede de la Universidad, y los conservadores con Granada. La confrontación se complicó aún más con el enfrentamiento entre Inglaterra y los Estados Unidos, que no obtuvo solución sino hasta 1850 la firma del Tratado Clayton-Bulwer, que significa el inicio de la hegemonía norteamericana sobre Centro América y la declinación del poder británico. Dentro de ese marco, se dieron las frecuentes luchas por la hegemonía en Nicaragua durante la primera mitad del siglo XIX. Significativamente, en 1852, dos años más tarde del tratado Clayton-Bulwer, se produce un acuerdo entre León y Granada, que determina el establecimiento de la capital en Managua, situada entre ambas ciudades originales.¹³

5. EL PERÍODO LIBERAL

a. *El arranque*

El liberalismo en Costa Rica comienza con la difusión de las ideas ilustradas durante el siglo XVIII. En el siglo XIX, hay distintas etapas de la evolución del Estado liberal, pero para el presente estudio sólo vamos a considerar la época de mayor auge, sea de 1882 a 1914, aunque nos será necesario considerar luego sus efectos sobre la época siguiente. Es la época que se inicia con la muerte de don Tomás Guardia, con quien habían colaborado los principales líderes liberales, y de quien fueron los herederos de la titularidad del poder. Tanto Bernardo Soto como Próspero Fernández habían sido generales de Guardia, pero en lugar de continuar con la tradición militarista, lo que hicieron fue rodearse de un grupo de abogados -la Escuela de Derecho creada en la Universidad de Santo Tomás comenzaba a producir sus frutos- que no forman un partido político pero conocen y se inspiran en el pensamiento del “llamado liberalismo continental (europeo) frente al inglés. Esta concepción liberal del Estado se vio frenada (a veces estimulada por reacción) por la actitud ultramontana que se prolonga de los dos primeros Obispos, Monseñor Llorente y Monseñor Thiel. La ideología de Destitut de Tracy, luego el positivismo y el krausismo fueron los supuestos doctrinarios que orientaron a los liberales de Osejo a Castro y de Castro a Ricardo Jiménez”.¹⁴

Fue el liberalismo de una sociedad agrícola. Las actividades económicas principales fueron el cultivo del banano y del café, además del comercio concentrado básicamente en la ciudad de San José. Dadas esas características, las implicaciones iniciales del liberalismo apenas si tienen que ver con la eliminación del monopolio estatal del cultivo del tabaco, heredado de la colonia española, que ya para entonces había perdido importancia ante la actividad cafetalera. Las luchas del liberalismo son políticas, fundamentalmente para afirmar el Estado, sea la so-

13 WOODWARD, Ralph: *Central America* (Oxford University Press, New York, 1985), p. 100-130-296. BEMIS, Samuel Flag: *The Latin American Policy of the United States* (Harcourt, Brace and company, New York), p. 105-108.

14 LASCARIS, C, *op. cit.*, p. 15.

ciudad civil, frente a la Iglesia Católica. Esta, en Costa Rica, no gozaba de ningún fuero -que había sido suprimido en 1825- no tenía ninguna alianza con un estamento militar -que escasamente existió a partir de la guerra contra los filibusteros- ni tenía importancia como terrateniente. Pero determinaba lo que debía leerse, lo que se pensaba y la fisonomía de las instituciones legales. Por liberal se entiende entonces, aquel que lee autores franceses, sostiene la separación entre la Iglesia y el Estado, la libertad de cultos, la enseñanza laica, la libertad de pensamiento y de opinión.

A la muerte de Tomás Guardia, en 1882, lo sustituye Próspero Fernández. A la terminación del período de éste, es electo Bernardo Soto. Durante los gobiernos de estos dos Presidentes, se dan pasos importantes en la realización del ideario liberal, que producen diferencias entre el Gobierno y la Iglesia Católica, regida en ese momento por Monseñor Bernardo Thiel, quien en 1880 había sido electo segundo Obispo de Costa Rica. El Obispo Thiel, a la fecha de su elección, tenía apenas 30 años y, nacido en Alemania, había servido en Ecuador durante la dictadura García Moreno, época de fuertes luchas entre liberales y católicos.

En 1884, después de una serie de incidentes entre la Iglesia y los liberales, el Presidente Fernández decretó el 18 de julio la expulsión del Obispo y de los miembros de la Compañía de Jesús, que dirigían el colegio secundario de Cartago. Luego, en el corto período de dos meses, el Presidente obtuvo que el Congreso aprobara una serie de leyes: el 19 de julio, la que secularizaba los cementerios, sustrayéndolos de la propiedad y administración de la Iglesia; el 22, la que prohibió el establecimiento de órdenes monásticas o comunidades religiosas, cualquiera que fuera su clase o denominación; el mismo día, la que prohibía al Clero intervenir en la enseñanza; el 28 de julio la denuncia del Concordato con la Santa Sede: la Ley de 18 de agosto prohibió a los curas párrocos cobrar derechos por darle sepultura a los cadáveres; el 7 de setiembre se promulgó la ley que prohibió las procesiones con imágenes fuera de los templos, con la excepción de los días del Corpus Christi, la Semana Santa y la fiesta del Santo Patrono del lugar. A esas leyes, por circular del Ministerio de Justicia, se agregó la prohibición de hacer colectas públicas para el Culto católico, salvo permiso especial de los Gobernadores, que debían ser autorizados por el Ministerio.

Al año siguiente se expulsó a los Padres Lazaristas que regentaban el Seminario Mayor. Pero hasta ahí llegó el impulso anticlerical de los liberales. No hubo, como en muchos de los países latinoamericanos que vivieron un proceso similar, la ocupación de bienes de la Iglesia. Don Víctor Manuel Sanabria, quien antes de ser Arzobispo, escribió la biografía de Monseñor Thiel, se sintió obligado a decir: “A diferencia pues, de muchos otros gobiernos, del nuestro, para honra suya, hay que decir que era ‘liberal pero honrado’”.¹⁵

En otros dos campos, las políticas liberales significaron choques con la Iglesia. Uno fue la promulgación del Código Civil, que en 1888 introdujo el divorcio vincular y el matrimonio

¹⁵ Bernardo Augusto Thiel. *Segundo Obispo de Costa Rica. Apuntamientos históricos* (Editorial Costa Rica, San José, 1984), p. 333.

civil, a diferencia del Código de 1841 que en esa materia se subordinaba al Derecho Canónico.¹⁶ El otro fue la reforma educativa realizada en el período 1885-1889, en la cual se estableció “completo control por parte del Estado de todos los asuntos relacionados con la educación”.¹⁷

La Iglesia Católica se opuso denodadamente al matrimonio civil, al divorcio vincular y a la creación del Registro Civil, que se sobreponía a los registros parroquiales, pese a que el Código Civil le daba plena validez al matrimonio católico y le reconocía a los sacerdotes católicos la condición de registradores auxiliares del estado civil. Por otra parte, combatió la enseñanza laica, aconsejaba la desobediencia de la ley y exigió que se continuara con la enseñanza religiosa en las escuelas públicas.¹⁸

Las medidas liberales le sirvieron a la Iglesia Católica para participar activamente en la campaña política para sustituir al Presidente Soto. Las elecciones de primer grado se llevan a cabo el primer domingo de noviembre de 1889, y en ellas triunfa el candidato conservador con apoyo del clero, lo que hace al gobierno liberal intentar desconocer el resultado electoral pero, ante una movilización campesina realizada el 7 de ese noviembre, renuncia el Presidente Soto, se le sustituye con el Designado a la Presidencia, Carlos Durán, se realizan las elecciones de segundo grado, en las que triunfa definitivamente el candidato conservador. Ese es el hecho que los costarricenses celebramos como nacimiento de la democracia, porque hubo una elección disputada, triunfó la oposición y el gobierno acató el resultado.

b. *Los Acomodos Posteriores*

Desde luego, ahí no acabó la historia. José Joaquín Rodríguez había sido Presidente de la Corte Suprema de Justicia y miembro de la Comisión Redactora del Código Civil, en la Administración de Soto. Su candidatura por el conservatismo puede verse como oportunismo político. Pero lo cierto es que no llega al poder para destruir la obra de los liberales sino para buscar un acomodo con ellos. Ya en 1886, Bernardo Soto había autorizado el regreso del Obispo Thiel. Pero éste no tuvo relaciones de armonía con el Gobierno, cuyo interés era la búsqueda de consenso. Como dice Orlando Salazar: “Rodríguez no gobernó ni con los clericales ni contra los liberales. El nuevo Presidente se esforzó por conciliar estos dos grupos irreconciliables pero al final se encontró sin ningún apoyo”.¹⁹

El 13 de junio de 1890, el Presidente restableció la enseñanza religiosa en las escuelas públicas, para todos los estudiantes cuyos padres o tutores así lo desearan, autorizando que se les eximiera de la enseñanza obligatoria los sábados de las once de la mañana a las dos de la tarde, para que pudieran recibir instrucción religiosa por maestros nombrados por el Obispo. Co-

16 SALAZAR, Orlando *El apogeo de la República Liberal en Costa Rica (1870-1914)* (Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 1990), p. 43.

17 FISCHER, Astrid: *Consenso y represión. Una interpretación Socio-Política de la Educación Costarricense* (Editorial Costa Rica, San José, 1987) p. 110-184.

18 SALAZAR, O., *op. cit.* p. 94-105. FISCHER, A. *op. cit.*, p. 195-198.

19 SALAZAR, O., *op. cit.* p. 47.

mentando esa medida, el Arzobispo Sanabria, la califica de “fruto de esa mentalidad equilibrada, conciliadora, de vía media, del señor Rodríguez”.²⁰ Pero dicha medida no es atacada ni combatida por los liberales. La solución adoptada se mantiene vigente hasta 1940, cuando su crítico Víctor Manuel Sanabria, ya Arzobispo, obtiene un cambio más favorable a la tesis religiosa.

No contento con la política del gobierno de Rodríguez, el Obispo Thiel funda el partido Unión Católica, cuyo manifiesto inicial es una Pastoral suya, en que dice: “Es necesario que los católicos se organicen políticamente, que todos participen en esa organización ya sea con su dinero y su influencia, pues no es suficiente rezar en la Iglesia o en el hogar, es necesaria una actitud viril y dar contribuciones en dinero o en especie para lograrlo”.²¹

El Partido Unión Católica fue el primer partido ideológico de Costa Rica. Se componía de dos organizaciones: el partido político que presentaba los candidatos y hacía campaña y la Asamblea del Clero que fijaba las políticas. Presentó candidaturas a las elecciones municipales de 1891, a las de Diputados de 1892, y a las presidenciales de 1894. La participación en la de Diputados provocó una alianza entre el Gobierno de Rodríguez y los liberales, que obtuvo la mayoría de los puestos a elegir y que se rompió al censurar los diputados liberales al Presidente y que hicieron a éste disolver el Congreso. En 1893, se restableció el régimen constitucional, como paso previo a las elecciones de 1894, en cuya primera ronda obtuvo la mayoría Unión Católica. Rodríguez anuló los distritos donde se había producido la mayoría. Para las elecciones de segundo grado, pese a una coalición entre los Liberales y el partido clerical, Rodríguez impuso como su sucesor a su yerno, Rafael Yglesias.

Cuatro años después, Yglesias intentó reelegirse y para impedir la oposición de Unión Católica hizo aprobar por el Congreso una reforma constitucional que prohíbe hacer propaganda política “por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”. Por otra reforma constitucional hizo posible la reelección inmediata y se reeligió por otros cuatro años. En 1902, ante una mala situación económica pactó con los liberales y aceptó como candidato a Ascensión Esquivel, contra quien había dirigido la campaña de Rodríguez de 1889.

Se produjo luego una situación de convivencia entre los liberales y la Iglesia Católica. Se mantuvo en la Constitución el artículo que declara que la Religión Católica es la del Estado, aunque se autoriza la libertad de cultos. Desapareció el Partido Unión Católica y se mantuvo la prohibición de hacer propaganda política con motivos religiosos, pero se volvió usual que los sacerdotes se incorporaran a los partidos políticos y sirvieran cargos de diputados. El Código Civil se mantuvo incólume, el matrimonio civil y el divorcio vincular se utilizaron discrecionalmente. Se mantuvo la instrucción religiosa en las escuelas primarias, pero no se le devolvieron los cementerios a la Iglesia. Se permitió el ingreso de órdenes religiosas al país, pero nadie habló de traer a la Compañía de Jesús hasta 1940, cuando de nuevo se trató de revisar el papel de la Iglesia Católica en la sociedad civil.

20 SANABRIA, V.M., *op. cit.*, p. 375.

21 Citado por SALAZAR, p. 149.

c. *La Experiencia Mexicana*

Compárese el anterior proceso de pugna y acomodo entre los políticos liberales y la Iglesia Católica, con las luchas que sobre el mismo tema se produjeron en casi todos los países latinoamericanos, y se notarán grandes diferencias. Por limitaciones de espacio y tiempo me limito a una mención de lo ocurrido en México. El enfrentamiento entre los gobernantes y la Iglesia Católica se inicia durante el período colonial, a mediados del siglo XVIII, cuando se expulsa a los Jesuitas y a otras órdenes religiosas. Adquiere un diferente cariz cuando dos sacerdotes, Miguel Hidalgo, primero, y José María Morelos después, jefean la primera guerra de Independencia. Los independentistas pierden finalmente, pero Agustín de Iturbide, asume la causa de la separación de España, para proclamarse emperador.

En la convulsa historia de México, en 1857, mientras se encuentra reunida la Convención Constituyente se inicia un levantamiento, que da paso a la Guerra de la Reforma, entre Liberales y Conservadores, defensores éstos de la Iglesia Católica. Entre 1859 y 1860 se dictaron las Leyes de Reforma, por las cuales se nacionalizó toda la propiedad eclesiástica, sin compensación; se cerraron monasterios y conventos; se suprimieron cofradías y órdenes monásticas; se nacionalizaron los cementerios; se prohibió a los funcionarios públicos participar en ritos religiosos; se organizaron tribunales civiles para ocuparse de nacimientos, matrimonios y muertes; y se permitió la libertad de culto.

Después del interludio de la lucha contra los franceses, Juárez terminó la pacificación de México, para ser reemplazado por Porfirio Díaz, quien estuvo en el poder cuarenta años, durante los cuales no hizo efectivas las leyes de la Reforma. Pero durante los diez años de la Revolución Mexicana, el anticlericalismo jugó un papel muy importante, especialmente durante la Asamblea Constituyente de 1917, donde los opositores de la Iglesia Católica tuvieron una fuerza aun mayor que en 1857, de lo cual quedó expresión en los artículos 3 (sobre la educación) y 130 (sobre las relaciones del Estado con las confesiones religiosas). Consolidada la Revolución con el triunfo de Alvaro Obregón, la lucha contra el catolicismo siguió a nivel estatal, para extenderse luego durante los gobiernos de Plutarco Elías Calles y Lázaro Cárdenas. Es necesario llegar a Manuel Avila Camacho en 1940, para que se establezca un acomodo entre la Iglesia y el Estado. De manera que en México, se puede hablar de doscientos años de lucha violenta para que se pueda llegar a un acomodo entre la Iglesia y el liderazgo político mexicano.²²

6. LA CUESTIÓN SOCIAL Y EL ESTADO SOCIAL

a. *El planteamiento*

Así como los enfrentamientos de orden religioso caracterizaron las luchas latinoamericanas del siglo XIX, como resultado del desarrollo de la industrialización durante ese siglo,

²² Para esta mención del enfrentamiento en México, me he fundado en el excelente libro de KRAUZE, Enrique: *MEXICO, Biography of Power. A history of modern Mexico* (Harpers Collins, New York, 1997).

nuestra centuria se encuentra marcada por las luchas sociales, por las pugnas entre los grupos de trabajadores, primordialmente urbanos y los dueños de los medios de producción, los patronos: y por otra parte, por el nuevo papel que asume el estado en la vida económica. Se pone en evidencia el retraso de los cambios en América Latina, en relación al que cada día es más el “mundo desarrollado”. Los movimientos sociales, la organización de los sindicatos obreros, los partidos políticos que asumen su representación, las doctrinas que les sirven de fundamento, que en Europa cambian el ambiente social en la segunda mitad del siglo XIX, toman arraigo en América Latina durante la primera mitad del Siglo XX. En cambio, las crisis que afectan la economía mundial afectan tanto el mundo desarrollado como América como prueba de que la economía es el primer campo en que se realiza una mundialización.

Es importante por ello mencionar que el planteamiento de los problemas sociales se hace en Costa Rica, en una fecha relativamente temprana. Lo vemos en el hecho de que la cuestión social se plantea por primera vez en una carta pastoral, la Trigésima, del Obispo Monseñor Thiel, en 1893. El Obispo la denomina “Sobre el Justo Salario de los Jornaleros y los Artesanos, y otros puntos de actualidad que se relacionan con la Situación de los Destituídos de Fortuna”. Dicha carta está formulada dentro de los lineamientos de la Encíclica *Rerum Novarum*, que había sido promulgada apenas dos años antes por el Papa León XIII. En su Pastoral, el Obispo se manifiesta alarmado por el deterioro social causado por la disminución del valor de la moneda, enuncia la doctrina del justo salario que define, de acuerdo con la Encíclica, diciendo que “no debe ser insuficiente para el sustento de un obrero frugal y de buenas costumbres”; habla de la necesidad del pleno empleo y de la fijación de los precios a los artículos de primera necesidad. Sostiene además que “los obreros y artesanos tienen el derecho de formar sus propias asociaciones y juntar sus fuerzas de modo que puedan animosamente libertarse de la injusta e intolerable opresión”.²³ De acuerdo a la biografía de Thiel hecha por Monseñor Sanabria, la preocupación del Obispo se explica por la circunstancia de que su padre había sido un fuerte defensor de las organizaciones obreras en Alemania.²⁴ La Pastoral provocó una fuerte reacción del Gobierno, cuyo Ministro de Culto le dirigió una carta al Obispo, llamándole la atención por haberla publicado sin previa autorización del Poder Ejecutivo, y por estar orientada a “doctrinas tan erróneas como las de que la autoridad debe fijar el precio del salario de los trabajadores, tan antieconómicas como la de que establezca los valores de los artículos de primera necesidad, tan inconvenientes como las de excitar a los obreros y artesanos a formar entre ellos sus propias asociaciones y juntar sus fuerzas de modo que puedan animosamente liberarse de la injusta e intolerable opresión que supone en los patronos. Estas doctrinas pueden dar por resultado, por las tendencias socialistas que entrañan, profundas perturbaciones en la marcha de los intereses recíprocos de la propiedad y el trabajo y no compadecen con la misión conciliadora del Pastor”.²⁵

23 MALAVASSI, Guillermo; editor: *Los principios cristianos de Justicia Social y la Realidad Histórica de Costa Rica* (San José, 1977), p. 63-73.

24 SANABRIA, V.M.: *op. cit.*, p. 19-20.

25 *Ibid*, p. 436-437.

Con el inicio del nuevo siglo, se plantean nuevos choques con las doctrinas liberales. En 1914, Alfredo González Flores es electo Presidente, como resultado de un juego parlamentario, al no tener mayoría ninguno de los candidatos. Al enfrentarse al disloque creado por la Primera Guerra Mundial, en su mensaje inaugural utiliza expresiones como: “No puede haber democracia en donde hay miseria y ésta vive donde no hay trabajo”.²⁶ Con esas ideas y ante la situación creada, no es de extrañar que tome una serie de medidas de carácter intervencionista en la economía, como la creación de un banco estatal, con poderes de emisión, y programas de crédito para pequeños agricultores, y la creación de impuestos sobre la propiedad inmueble y sobre la renta. Ello provoca un golpe de estado, dado por el Ministro de Guerra Federico Tinoco.

El Gobierno que surge del golpe de estado elimina el impuesto de la renta, pero convoca a una Asamblea Constituyente y en ésta, en 1917, casi coetáneamente con la Carta Fundamental mexicana, se incluye un artículo 10, que dice: “Es obligación del Estado velar por el bienestar de las clases trabajadoras y para ello dictará las leyes necesarias; a falta de iniciativa social promoverá, y en todo caso apoyará en la medida de sus recursos, las instituciones que tengan por objeto armonizar sobre las bases de justicia, las relaciones entre patronos y obreros, y las que tiendan a mejorar la condición económica de éstos y a ampararlos en caso de enfermedad, vejez y accidente, paro de trabajos u otras circunstancias de desgracia independientes de su voluntad”.

Tinoco nunca tuvo suficiente tranquilidad para gobernar. La difícil situación económica del régimen, la imposibilidad de obtener el reconocimiento del gobierno de los Estados Unidos, los excesos tiránicos del régimen, que atentó contra las libertades públicas, las crueles represiones llevadas a cabo contra las intenciones revolucionarias, hicieron que la oposición se volviera intolerable y obligara a Tinoco a renunciar. Electo como su sucesor, Julio Acosta inauguró una política de “perdón y olvido”, respecto a los tinoquistas, que se consolidó con motivo de una corta guerra contra Panamá, donde los militares que habían servido a Tinoco se incorporaron a las fuerzas nacionales.²⁷

Después de Acosta, hubo todavía tres gobiernos liberales, dos de ellos de Ricardo Jiménez y uno de Cleto González. Para triunfar en las elecciones de 1924, Jiménez tuvo que celebrar un pacto con el Partido Reformista de Jorge Volio que planteaba un programa de reivindicaciones sociales, y como resultado del pacto, se aprobó un seguro de riesgos profesionales y una ley de Accidentes del Trabajo.²⁸ Cuando Jiménez volvió al poder, en 1932, se encontró con el Partido Comunista que había sido fundado en 1931 y que, en agosto de 1934 organizó una huelga de los trabajadores bananeros de la United Fruit Company en la zona Atlántica. Contra la tesis de quienes pedían una represión de los trabajadores bananeros, el Presidente Jiménez re-

26 RODRÍGUEZ, Armando: *Administración González Flores* (Editorial Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, 1978), p. 87.

27 OCONITRILLO, Eduardo: *Julio Acosta. El Hombre de la Providencia* (Editorial Costa Rica, San José, 1986) p. 231-292.

28 ACUÑA, Miguel: *Jorge Volio. El Tribuno de la Plebe* (Librería Lehmann, San José, 1970). De La CRUZ, Vladimir: *Las luchas Sociales en Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1980).

cibe en la Casa Presidencial al líder comunista, Manuel Mora, y negocia con él una serie de reivindicaciones. La negativa de la United Fruit Company a cumplirlas, hace renacer la huelga y en esta segunda etapa, se termina el conflicto con intervención de tropas.

Me parece necesario detenerme en la actuación del Presidente Jiménez frente a la huelga bananera porque habiendo sido considerado como el líder político que mejor interpretó la manera de ser costarricense durante su época, es altamente significativa. Por dicha actitud fue objeto de múltiples críticas. Don Ricardo las contesta en los siguientes términos: “Y se disgustan conmigo ¿Por qué? ¿Por qué no acabé a tiros con la huelga? Yo no puedo con la fuerza ni impedir que trabajen ni obligar a trabajar”. Como le reclaman que haya realizado conversaciones y celebrado pactos con los comunistas, contesta: “¿Y con quién iba a pactar entonces? Ellos predicaron la huelga, ellos la controlaron y los trabajadores decían que ellos eran sus representantes... La realidad es que existen los comunistas, que ellos eran los voceros en esa ocasión de los huelguistas y que con ellos había que tratar. Con cerrar los ojos y decir que aquí no hay comunistas, éstos no han desaparecido”.²⁹

b. *La Matanza en El Salvador*

La situación descrita contrasta agudamente con la desarrollada en El Salvador. En ese país, como en los otros países centroamericanos, la crisis mundial de 1929, significó el derrocamiento del gobierno de Arturo Araujo que había tomado algunas disposiciones de bien social, y su reemplazo en diciembre de 1931, por el Vicepresidente Maximiliano Hernández Martínez. En enero de 1932, se produjo un levantamiento campesino, que significó la muerte de varios finqueros y un intento de tomar el poder, por los alzados. Hernández Martínez empleó el ejército a fondo, para masacrar a miles de campesinos. Explicando esa reacción, Víctor Hugo Acuña ha dicho: “El régimen liberal pudo tolerar una cierta articulación de los intereses del mundo laboral urbano, pero no soportó en lo más mínimo un proceso similar en el campo. Ese era su límite y esa fue la señal de identidad de un tipo de economía de mercado y de una cierta forma de funcionamiento del mercado mundial que no pudieron existir de una manera menos inhumana”.³⁰

Como corolario de esa comparación podría decirse que Manuel Mora Valverde, el líder comunista costarricense fue por varios períodos Diputado al Congreso Constitucional y en 1939, cuando Ricardo Jiménez hizo un fallido intento para volver por cuarta vez a la Presidencia de la República, los comunistas se integraron dentro de los grupos que le dieron apoyo. En cambio el líder comunista salvadoreño, Farabundo Martí, murió en el alzamiento de 1932. Su nombre fue utilizado en 1982, para identificar el movimiento guerrillero que se inició ese año y que no terminó sino en 1991.

²⁹ RODRÍGUEZ, Eugenio: *Los Días de Don Ricardo Jiménez* (Editorial Costa Rica, San José, 1971), p. 136.

³⁰ ACUÑA, Víctor Hugo: “Clases Subalternas y Movimientos Sociales en Centroamérica (1870-1930)”. En *Historia General de Centroamérica. Tomo 4: Las Repúblicas agroexportadoras* (Flacso, San José, 1994). p. 318.

7. LA GRAN FRACTURA

a. *La Guerra de Liberación Nacional*

Todo intento de explicación de la política costarricense como un proceso de consenso tiene necesidad de considerar la existencia de las excepciones, entendiendo por tales los casos en los cuales para resolver el problema político del momento se recurrió a la violencia. No hay duda sobre su existencia, si bien su pequeño número confirma la regla del compromiso. La más importante de esas fracturas fue la que ocurrió en 1948, cuando el país vivió una cruenta guerra, que significó el cierre total de la etapa liberal, que había entrado en decadencia al final de la Administración de Ricardo Jiménez y que había sufrido un primer golpe con la promulgación por Rafael Angel Calderón Guardia de una amplia legislación social, formada por un título de Garantías Sociales incluido en la Constitución Política, un Código del Trabajo y la creación de la Caja Costarricense de Seguro Social, para administrar los seguros de enfermedad y de vejez y muerte. Dado que la complejidad de factores que contribuyeron a esa explosión supera los límites de este trabajo, limitémonos a señalar la causas inmediatas de esa guerra: la transformación de esa legislación en justificación de una negativa a aceptar que una fuerza opositora había adquirido una mayoría electoral ya para las elecciones de 1944, que le fue negada mediante un fraude electoral y que nuevamente había triunfado en las elecciones de 1948. Alegando que se había cometido un fraude contra el candidato del partido oficial, el ex-Presidente Rafael Angel Calderón Guardia, la mayoría formada en la Asamblea Legislativa por los partidos Republicano Nacional y Comunista, anuló la elección para Presidente. Ante esa decisión, hubo una parte de la oposición que estuvo dispuesta a discutir posibles fórmulas de transacción, pero otra, jefada por José Figueres se alzó en armas y con una fuerza de voluntarios, en su mayoría campesinos y estudiantes derrotó al Ejército oficial. Los triunfadores consideraron necesario, no sólo restablecer la libertad de sufragio, sino gobernar por decreto durante dieciocho meses.

Al finalizar ellos, se habían producido grandes cambios en las instituciones gubernamentales, como la nacionalización de los bancos privados; la promulgación de una nueva Constitución Política, como resultado de un compromiso de las ideas del Estado Social con el esquema liberal, y se habían dado varios pasos más para la constitución de un partido social demócrata que con el nombre de Liberación Nacional, nombre que fue el del Ejército victorioso, habría de ser el movimiento político dominante de la segunda mitad del siglo XX.

b. *Reducción de la Fractura*

Para los propósitos del presente trabajo no tiene interés fijar la atención en el predominio del Partido Liberación Nacional sino más bien en el fenómeno presentado en los grupos opositores suyos. Estos provinieron de dos diferentes corrientes: los partidarios del gobierno derrocado por los revolucionarios de 1948, y los sectores opositoristas al régimen, que no creyeron en la revolución armada para sustituirlo y que pronto entraron en conflicto con el Gobierno de Figueres, cuando éste no quiso derogar la legislación social. Es importante, sin embargo notar, que la confrontación inicial entre el movimiento revolucionario triunfador y los partidarios de una transacción se superó cuando se celebró el llamado Pacto Ulate-Figueres en 1948.

Por él se fijó el término del período de la Junta de Gobierno en dos años, que la Junta redujo luego a dieciocho meses, se acordó reconocer la elección presidencial de don Otilio Ulate, se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente y se integró una Comisión redactora del proyecto que se presentaría a ella. Este pacto, cumplido religiosamente por las partes, permitió a la Junta sentar algunas bases de la Costa Rica que quería construir, a don Otilio Ulate gobernar por los cuatro años para los que había sido electo y a don José Figueres, regresar al poder cuatro años después, como Presidente Constitucional, con una Asamblea Legislativa en la cual su partido tenía dos tercios del total de los Diputados.

Los opositores a Liberación Nacional actuaron al principio en forma separada. Muchos de los partidarios del Republicano Nacional, incluyendo a su máximo líder el ex-Presidente Rafael Angel Calderón Guardia, fueron al exilio. Desde fuera, trataron dos veces de volver con las armas en la mano, invadiendo el país desde Nicaragua, en diciembre de 1948 y marzo de 1955. En ambos casos, pese a la ayuda que recibieron de los gobiernos de Nicaragua y Venezuela, fueron derrotados en el campo de batalla. Lo cual sirvió para demostrar que no era suficiente contar con armas y partidarios decididos. Que en Costa Rica era necesario contar además con apoyo en la opinión pública.

En 1958, los calderonistas decidieron apoyar la candidatura de Mario Echandi, antiguo Secretario del Partido Unión Nacional, quien era el jefe de los opositores del 48, que se habían opuesto al gobierno de la Junta y a la candidatura de Figueres en 1953. Una división en el Partido Liberación Nacional, les dió la victoria en 1958. Sin embargo, demostrando que los lazos de unión entre ellos, no eran firmes, en 1962, fueron de nuevo separados a las elecciones y los derrotó el candidato de Liberación Nacional. En 1966 volvieron a presentar un candidato único y triunfaron, para ser derrotados en 1970 y en 1974, aun cuando se presentaron unidos. Lo importante para la historia política de Costa Rica es que, a partir de 1958, ninguna agrupación política de significación volvió a pensar en los hechos de armas como fuentes de poder. El perfeccionamiento del sistema de sufragio, dirigido por un Tribunal Supremo de Elecciones, totalmente separado de los tres poderes tradicionales, dotado cada vez de mayor confianza de los ciudadanos, fue un factor importante en ese abandono de la violencia.

8. DOS TESIS COINCIDENTES

Me parece importante mencionar un análisis de la historia política de Costa Rica durante el período de 1929 a 1980, que coincide con algo de lo queda dicho. Es el realizado por Manuel Antonio Solís en su obra *COSTA RICA, ¿Reformismo social demócrata o liberal?*³¹ Dice Solís: “Un repaso de la evolución política de Costa Rica, a partir de 1929, pone la existencia de un código común entre las distintas fuerzas sociales y políticas que competían o se enfrentaban entre sí... Ninguna reforma se hizo para romper con el pasado. Los reformadores eran sobre todo buenos conservadores. Este calificativo alcanza incluso al Partido Comunista, el cual presu-

31 (Flacso, San José, 1992) “10. A Manera de Cierre: Una Mirada retrospectiva al Liberalismo Existente”, p. 369-405.

ponía también un proceso evolutivo ascendente, causado por leyes objetivo-naturales... La historia costarricense del siglo XX no se puede entender al margen de la existencia de luchas sociales. La arcadía sin conflictos nunca existió. Lo específico, sin embargo, es que los grupos subalternos exponen sus reivindicaciones dentro de un paradigma que tiene áreas de encuentro con el de los grupos dominantes... Por distintas vías, los grupos subalternos se organizan, decantan sus intereses y concluyen en un acuerdo. La negociación de 1920 o la de 1933, no es el resultado menor de un maximalismo jacobino que fracasa; ella es lo buscado. Esta era la forma en que se venía activando el movimiento social hasta 1930, y por eso se puede entender mejor el peligro que empiezan a representar los comunistas, una vez que éstos ganaron la anterior base urbana del Partido Reformista. El peligro de la radicalización se hacía presente... ¿Por qué no se le dio a ese reto la solución usual en los otros países centroamericanos? Esta pregunta se queda sin respuesta si se deja de lado el hecho de que el personal político gobernante, con el que dialogan estos sectores, está también sintonizado en la misma frecuencia contemporizante. El se forma con una percepción de la realidad y una sensibilidad similar a la de los pequeños productores y los asalariados urbanos”.

El otro es el estudio del desarrollo de la educación que hace en dos tomos, Astrid Fischel. En el primero de ellos, estudia la reforma educativa de la época liberal y en sus conclusiones afirma: “Los cambios verificados en el ámbito de la enseñanza nacional a partir de 1885, respondieron de una manera específica a los requerimientos del proyecto político-ideológico que sustentaba el grupo en el poder, proyecto éste que perfilaba, desde su adopción, una tendencia hacia el ejercicio del poder primordialmente por métodos consensuales y no represivos. Dentro del nuevo esquema de gobierno, la educación adquiere peso y significación relevante, dado su carácter de órgano óptimo para la generación de consenso”. El libro termina con la siguiente conclusión: “La importancia prioritaria asignada por el Estado costarricense a la instrucción prueba ser una de las herencias más significativas de la opción política-ideológica -de tendencia consensual- asumida por nuestros gobernantes en la década de los ochenta del siglo pasado, opción ésta que concedió desde entonces y hasta el presente, especial peso y relevancia a la educación”.³²

La segunda obra estudia el proceso educativo en la primera mitad del siglo XX y comienza, en la introducción, con expresiones como éstas: “Movimientos de reforma periódica han marcado la historia de Costa Rica, contrarrestando la peligrosa condensación del descontento social, que ha sido la chispa de alzamientos revolucionarios en otros países. El cambio gradual ha permitido una lenta transformación estructural promoviendo así un alto grado de estabilidad política y social. Esta opción política no ha sido resultado del azar; más bien está íntimamente ligada con peculiares relaciones sociales y una particular estructura de poder, en la cual, el sistema educativo ha desempeñado un papel de singular importancia.

La tendencia costarricense hacia el consenso se puso en evidencia, en el interés mos-

³² *Consenso y Represión. Una interpretación socio-política de la Educación Costarricense* (Editorial Costa Rica, San José, 1987).

trado por sucesivas administraciones en los aparatos ideológicos, en la proporción de gasto público dedicado a la educación y en el número creciente de alumnos y educadores”.³³

Creo que es evidente la importancia que tanto Solís como Fischel le conceden a la búsqueda de consenso, como forma de hacer política o de resolver conflictos en la sociedad costarricense. Con referencia a dos épocas diferentes, al estudiar como buscan los dirigentes de la época hacerle frente al problema, predomina la búsqueda de aproximaciones, consensos, posiciones medias. Podría sostenerse que ello es lo esperable, pero si miramos en los países alrededor, tenemos que concluir que en el ambiente latinoamericano la dirección ha sido la contraria, buscar imponer las tesis propias, utilizando para ello no sólo la razón sino también la fuerza.

9. LA CRISIS CENTROAMERICANA

El mayor desarrollo político permitió a Costa Rica en la década de los años ochenta hacerle frente a una crisis económica y financiera, producto de los altos precios del petróleo, que produjeron una abundante y agresiva oferta de créditos en condiciones muy favorables, a los cuales se consideró conveniente recurrir, pero cuyo servicio fue imposible de atender, dada la baja experimentada en el precio de los productos de exportación. Ello llevó a problemas fiscales, de menores ingresos y mayores egresos, paralización de actividades públicas y privadas, desocupación y aumento del descontento social.³⁴

En Costa Rica, pese a los trastornos sociales sufridos, la situación política no sufrió ninguna conmoción. El gobierno del cuatrienio 1978-1982 presidido por Rodrigo Carazo, fue considerado responsable de la crisis. En las elecciones de 1982, triunfó de manera holgada el candidato del Partido Liberación Nacional, Luis Alberto Monge, y se inició la labor de reconstrucción. En cambio, la situación política centroamericana sufrió una conmoción en la cual, Nicaragua fue objeto del mayor cambio, pues el gobierno de la familia Somoza, en el poder desde 1934, por virtud de una sucesión del padre, Anastasio Somoza García, al hijo mayor, Luis Somoza Debayle y de éste al hermano menor, Anastasio Somoza Debayle fue derrocado después de una guerra que ocupó casi dos años. Entre los grupos opositores que participaron en la lucha contra la dictadura, el poder quedó en las manos exclusivas del más radical de todos, el Frente Sandinista de Liberación Nacional, que apenas se hizo con la totalidad del control del Estado, puso en claro su alineamiento con los regímenes comunistas, especialmente con la Cuba de Fidel Castro. Ello determinó que Estados Unidos iniciara acciones contra el Gobierno de Nicaragua y alienara a los gobiernos de El Salvador y Honduras para servir de bases a la acción de nicaragüenses antisandinistas.³⁵

33 *El Uso Ingenioso de la Ideología en Costa Rica* (Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1992), p. 9.

34 JIMÉNEZ, Wilburg: *El Síndrome de la Deuda Pública Externa en Costa Rica (Causas, Efectos y Soluciones) 1970-1992* (Ediciones Universitarias. Universidad Autónoma de Centro América. Studium Generale Costarricense, 1996).

35 CHRISTIAN, Shirley: *Nicaragua. Revolution in the family* (Random House, New York, 1985).

Hubo interés de parte de los Estados Unidos de involucrar a Costa Rica en la pugna contra los sandinistas. La hostilidad entre el gobierno de Somoza y varios gobiernos liberacionistas, y el de Rodrigo Carazo, había hecho que la lucha contra la dictadura se mirara con gran simpatía, tanta que la Junta de Gobierno que sustituyó a Somoza se organizó en Costa Rica. Pero el abandono de la tesis de Frente nacional, para concentrar todo el poder en el sandinismo, fue considerado por muchos costarricenses como una traición a las promesas de democratización que se habían hecho en Costa Rica. Como en la elección de 1982, pese a un inusitado nivel de gasto, el Partido Comunista costarricense no pudo lograr un aumento considerable en el número de Diputados, como habría esperado, el Gobierno de Nicaragua emprendió una campaña violenta en contra del nuevo Presidente, Luis Alberto Monge. Ello provocó a muchos partidarios del gobierno costarricense a mostrar simpatía y colaboración a los grupos antisandinistas. Sin embargo, el Presidente Monge, prefirió no implicar a Costa Rica en la lucha contra los sandinistas y proclamó en 1983, una doctrina de Neutralidad, que caracterizó como activa, perpetua y no armada.³⁶

A la terminación del gobierno Monge, fue electo para sustituirlo Oscar Arias Sánchez. El Presidente Arias no se contentó con la actitud de abstención que suponía la neutralidad. Tomando como base las elaboraciones sobre pacificación de Centro América que se habían realizado por el Grupo de Contadora, formado por los gobiernos de México, Panamá, Colombia y Venezuela, presentó un Plan de Paz que fue aprobado por todos los gobiernos centroamericanos y que significó el inicio de la pacificación del Istmo. Con ello, obtuvo que se le otorgara el Premio Nobel de Paz, correspondiente a 1992.

En los años subsiguientes, no sólo se eliminaron las tensiones internacionales entre los países centroamericanos, sino que en El Salvador primero y en Guatemala después se realizó un proceso de pacificación interno que puede considerarse, casi sin temor a equivocarse, como totalmente consolidado. Además, en todos los países centroamericanos se han realizado procesos democráticos, como muestras de una normalidad democrática que ya no es exclusividad costarricense sino común a todos los países del Istmo.

CONCLUSIÓN PROVISIONAL

Los procesos políticos no tienen más principio y final que aquél que el estudioso les otorga arbitrariamente. No se puede, en consecuencia, estimar que la dirección o tendencia de los costarricenses a utilizar la conciliación como medio de solucionar las diferencias políticas haya sido abandonado o haya dejado de practicarse.

ROSSET, Peter, y VANDERMEER. John, Editores: *The Nicaraguan Reader. Documents of a Revolution under fire* (Grove Press, New York, 1983).

36 MONGE, Luis Alberto; *Pensar y Actuar* (Editorial Tecnos, San José, 1985). *Ibid*, *Neutralidad o Guerra* (Imprenta Nacional, San José, 1985).

Por el contrario, en la administración que al momento de escribirse este artículo se encuentra a punto de terminar, el Presidente de la República actual, José María Figueres, y su antecesor en el poder, Rafael Angel Calderón Fournier, realizaron un acuerdo sobre la aprobación en la Asamblea Legislativa de un grupo de leyes importantes, con cuya promulgación se superó una situación de impasse en la marcha de los asuntos del Estado, que facilitó la marcha del Gobierno y la atención de los problemas económicos.

La circunstancia de que los dos líderes que celebraron ese acuerdo fueran hijos de los ex-Presidentes Figueres Ferrer y Calderón Guardia, quienes en 1948 representaron los dos extremos de la fractura de ese año, le da mayor significación al acuerdo celebrado. Con él, se confirma la búsqueda de consenso como parte importante, y diría crucial, de la forma de hacer política de los costarricenses.

JURISDICCIONES DECLARATIVAS DE ATRIBUCIÓN, PUNICIÓN Y REPARACIÓN EN LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO HUMANITARIO

Juan de Dios Gutiérrez Baylón^(*)

I. LA DOCTRINA DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA OBRA DEL DOCTOR HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

1. Un verdadero homenaje a un jurista es -la más de las veces-, no sólo la labor de rendir tributo a un hombre erudito en las ciencias jurídicas, sino acaso y más, el hecho de expresar un reconocimiento a una escuela de pensamiento, a un modelo conceptual en la doctrina del Derecho, a una tendencia científica generada por aquél, que más tarde o más temprano decanta en la legislación positiva (nacional e internacional) y en la manera de aplicar el derecho por los tribunales. En el caso del eminente doctor Fix-Zamudio, la profusión de sus importantes tratados, de sus artículos de investigación en diversas lenguas, y en estos últimos años de su labor como juez interamericano, han convertido su pensamiento en un vector en el desarrollo del Derecho Interamericano, pues ahora resulta que los temas que hoy nos acaloran a los internacionalistas de la región bajo el influjo de las urgencias tutelares o de las modas académicas, hace años ya los discernía con puntualidad nuestro ilustre homenajeado.¹ Los internacionalistas mexicanos

(*) Profesor de Derecho Internacional, Universidad Nacional Autónoma de México.

1 De esta suerte, en sus trabajos de 1986 el profesor Fix-Zamudio ya anunciaba: "Sin embargo, el desarrollo de las facultades protectoras y no simplemente promotoras de la Comisión Interamericana, la que además de configurar el procedimiento previo para acudir a la Corte, puede promover las instancias judiciales, nos autorizan a abrigar un optimismo razonable sobre la superación de los obstáculos actuales, que anteriormente también limitaron la labor de la Comisión, de manera que la propia Corte Interamericana pueda recibir un reconocimiento mayoritario de nuestros países...". *El Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, año I, número 1, Universidad Nacional Autónoma de México, enero-abril de 1986, pp. 77 y 78.

nos hemos beneficiado mucho del bagaje de sus enseñanzas en materia de protección de los derechos humanos. Sea la presente constancia de admiración personal y profesional para el eminente profesor Fix-Zamudio.

II. LA SEPARACIÓN ACADÉMICA DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL

2. Por un principio más académico que funcional, desde las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial la doctrina ha insistido en subrayar las diferencias que animan la protección de los derechos humanos respecto del derecho humanitario internacional. Tal distinción ha respondido más al prurito epistemológico de separar los sistemas de protección internacionales en periodos de no beligerancia y en el ámbito doméstico cuya función estriba de manera fundamental en reparar las condiciones de goce de tales derechos, respecto de la protección (*punición*) de tales derechos que se activan de manera posterior a las grandes conflagraciones internacionales, ya sean de carácter universal como el proceso de Nuremberg, ya de carácter regional como en los casos de la ex-Yugoslavia y Ruanda.

Tal distinción fundada en las condiciones bélicas o no de las infracciones del derecho internacional de los derechos humanos ha perdido en mucho su consistencia conceptual.² Ya sea por el carácter continuado de las violaciones, ya por lo indeterminado de la atmósfera belige-

2 En este sentido se ha pronunciado recientemente la Corte Internacional de Justicia: “The Court observes that the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one’s life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities”. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, num. 25. Véase también la interesante opinión disidente del juez Weeramantry: “Indeed, so well are human rights norms and standards ingrained today, in global consciousness, that they flood through into every corner of humanitarian law”. *Dissenting Opinion of Judge Weeramantry*, III - 6. Sobre este aspecto véase: Héctor Gros Espiell, *Derechos Humanos y Vida Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995 p. 89; Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, L.G.D.J, cinquième édition, Paris 1994, pp. 652-653; César Sepúlveda, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 217. En realidad, el texto de la *Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos de Genocidio* (A.G. Resolución 96 (1) del 11 de diciembre de 1946, ya dejaba entrever la unidad de ambos rubros, así el artículo I, reza: “Las Partes contratantes confirman que el genocidio, *ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra*, es un delito de Derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”. (Énfasis añadido). En sentido similar se ha pronunciado la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en el caso Tadic: “... it is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflicts”. Asimismo, instancias de derechos humanos no titubean en valerse hermenéuticamente de criterios provenientes del llamado derecho humanitario, *cfr. Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 17 de septiembre de 1997*, numeral 66.

rante en determinados Estados, ya por el hecho de que cierto tipo de crímenes son comunes a los períodos de guerra y de paz. Dada la comunión científica de los aparatos conceptuales relativos al derecho humanitario respecto de la protección de los derechos humanos, nos proponemos en un sólo trabajo discurrir en torno a las peculiaridades de los efectos de las sentencias internacionales de los tribunales encargados de proteger dichos derechos fundamentales.

Quizás la separación académica de la teoría de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional podría en las postrimerías del siglo veinte, convertirse en una trampa más en contra del replanteamiento de los sistemas regionales y particularmente en la búsqueda de un sistema integral de tutela de los derechos humanos con vocación universal. Un análisis de las capacidades protectoras de las determinaciones de los tribunales internacionales puede darnos algunas pautas de los requerimientos internacionales en la materia para el futuro.

III. LA DOCTRINA TRADICIONAL EN MATERIA DE SOLUCIÓN DE DIFERENDOS INTERNACIONALES Y LA MATERIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

3. Desde tiempo atrás los trabajos fundamentales de varios internacionalistas han insistido en la catalogación de los medios de solución de controversias internacionales, bajo la óptica recurrente de considerar el grado de institucionalización del órgano dirimente de la disputa internacional,³ o la identidad de los sujetos que contienden ante la instancia internacional.⁴ Empero, el estadio de evolución del derecho internacional general contemporáneo, nos impone otros criterios de estudio tanto por la altura y funcionalidad que ya poseen en las postrimerías del siglo veinte los tribunales internacionales, como por la impresionante especialización que acusan en la actualidad los propios tribunales de vocación humanitaria. En este orden de ideas, se comienza a dibujar una nueva conceptualización de tales instituciones, atendiendo de manera particular en el área de los derechos humanos, a los efectos de las resoluciones y sentencias dictadas por éstos, lo que ciertamente los revela en cuanto a sus potencialidades jurisdiccionales.

Un primer acercamiento al problema nos revela que pese a que existe una preocupación universal en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, la morfología de los tribunales en la materia se ve afectada de manera sensible en función de los remedios o sentencias que cada una de estas instancias puede dictar de acuerdo a sus fundamentos estatutarios, así como de manera muy especial por la vía de su instauración, esto es, ya sea que se trate de un acuerdo multilateral como es el caso de las cortes regionales en materia de derechos humanos, o bien que se realice por medio de una resolución de un órgano principal de las Naciones Unidas como es el caso de los tribunales administrativos creados por la Asamblea General, así como de los tribunales especializados para Ruanda y la antigua Yugoslavia establecidos por el Consejo de Seguridad.

3 Lo que en su momento daba plena justificación a la consabida distinción entre los llamados medios diplomáticos respecto de los jurisdiccionales.

4 Ya sea que se trate de Estados, individuos, empresas, u otros sujetos emergentes en el derecho internacional.

Otra diferencia fundamental deriva de la especialización de las instancias represivas internacionales las cuales conocen de asuntos *intuitu belli* y están condenadas a desaparecer una vez que los responsables de ciertos crímenes regionales son castigados. El carácter efímero del tribunal es su nota distintiva y pone en evidencia tanto la falta de consenso internacional para hacer proliferar tales mecanismos de justicia, así como su pobreza como entidades procesales internacionales.

En lo concerniente a las cortes regionales sobre derechos humanos, su limitación geográfica representa un raro indicio de que pese a la aparente convicción universal de los Estados sobre la importancia de estos derechos fundamentales, una diplomacia mercantilista en el siglo XX ha sido más generosa para la adopción multilateral de acuerdos comerciales de alta complejidad, en lugar de dar paso a instrumentos que pusiesen en marcha mecanismos planetarios para la defensa de los derechos humanos. Dicho regionalismo constituye una fractura más del Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos.

IV. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

4. El hecho de que la Corte Internacional de Justicia no sea de origen un tribunal de protección de los derechos humanos no significa ni siquiera de manera remota que su labor no incida en el desarrollo de esta disciplina, tanto en la vía consultiva donde se antojaría más evidente,⁵ como en la propia labor jurisdiccional, en donde su tarea de *contencioso interestatal*, aparentemente le impediría realizar pronunciamientos -con mayor o menor fortuna- que incidiesen en el ámbito de los derechos humanos.⁶ Sin embargo debe puntualizarse que la aportación de la Corte Internacional de Justicia en materia de derechos humanos se encuentra limitada por la naturaleza de sus resoluciones, cuyo carácter *declarativo* la lleva sólo a enunciar los alcances

5 Así la Corte en uso de sus facultades consultivas, estableció que la obligación de los principios establecidos en la *Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos de Genocidio*, equivalen a principios generales del derecho internacional: "... the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation". *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1951*, p. 23.

6 Fue el caso de la controversia que opuso a Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia (Serbia y Montenegro), *cfr. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993*, p. 341, en donde, pese a que la parte demandante invoca el derecho internacional de la guerra consuetudinario y convencional, así como el derecho internacional humanitario, incluidas las cuatro convenciones de Ginebra de 1949, el primer protocolo adicional de 1977 a dichas convenciones, el Reglamento anexo a la IV Convención de La Haya de 1907, relativa a las leyes y costumbre de la guerra terrestre, el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y su jurisprudencia, la Corte se vio impedida para declararse competente basada sólo en referencias genéricas al derecho humanitario internacional: "... whereas however the Applicant has not brought to the attention of the Court any provision in the texts enumerated conferring upon the Court jurisdiction to deal with a dispute between the Parties concerning matters to which those texts relate; whereas such jurisdiction is not prima facie established...".

de la reparación, tal y como ella misma lo ha reconocido,⁷ sin que esté en sus posibilidades establecer los mecanismos que la pongan en marcha.⁸ En rigor, más allá de los lugares comunes que suelen proferirse respecto de la labor de la Corte y del alcance vinculatorio y eficacia de sus resoluciones,⁹ la naturaleza propia de su jurisprudencia se ha encontrado siempre envuelta en la discusión de hasta dónde deben llegar los resolutivos de la Corte respecto de la solución del punto ante ella planteado. En otras palabras, la interrogante a resolver es si la Corte sólo debe pronunciar (declarar) el derecho internacional aplicable o también debe indicar las acciones que las partes deben emprender para restaurar las obligaciones internacionales vulneradas.¹⁰ Tampoco debe olvidarse que ya la Corte ha dictado resoluciones internacionales fungiendo casi como órgano de anulación respecto de una instancia que actuó *ultra vires*.¹¹

La labor de la Corte Internacional de Justicia en materia de derechos humanos y del derecho humanitario resulta en principio, del discernimiento que ella hace de las reglas de derecho internacional aplicable a la materia y de los criterios de responsabilidad que le son inherentes.¹² Tal labor es de primer orden en el desarrollo de los derechos humanos aún cuando a ella

7 La Corte ha sostenido: "If, ... the Court should limit itself to saying that there is a duty to pay compensation without deciding what amount of compensation is due, the dispute would not be finally decided". *The Corfu Channel Case, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 26.

8 Así la Corte se rehusó a jugar el papel de componedor o consultor de las partes para la aplicación de la sentencia: "It is unable to give any practical advice as to the various courses which might be followed with a view to terminating the asylum, since, by doing so, it would depart from its judicial function". *Haya de la Torre Case, Judgment, I.C.J., Reports 1951*, p. 83. Este ha sido uno de los pocos casos en donde no se han manifestado opiniones disidentes.

9 Respecto de la eficacia de las sentencias de la Corte, es recomendable ver el interesante estudio del profesor Alain Pillepich: "Certes, l'exécution s'est parfois faite de mauvais gré (*Temple de Préah Vihéar*), avec lenteur (*Souveraineté sur certaines parcelles frontalières*), avec difficultés (*Haya de la Torre*) ou pour des motifs extérieurs à la justice internationale (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*). Mais en fin de compte seuls n'ont pas été exécutés l'arrêt Détroit de Corfou fixant le montant des réparations dues au demandeur, lequel détient en compensation l'*Or monétaire pris à Rome en 1943*, et les arrêts Compétence en matière de pêcheries, sur lesquels ont pesé les résultats de la troisième Conférence sur le droit de la mer". "Article 94", *La Charte des Nations Unies*, Jean-Pierre Cot et Alain Pellet (dir.), Economica, París 1985, pp. 1276 y 1277.

10 Más tarde rechazaría resolver un diferendo que no pudiese de manera ulterior encontrar un modo de aplicación práctica: "The Court's judgment must have some practical consequence in the sense that it can affect existing legal rights or obligations of the parties, thus removing uncertainty from their legal relations". *Northern Cameroons, I.C.J. Preliminary Objections, Reports 1963*, p. 34. En rigor, ambas posturas podrían ser conciliadas bajo la perspectiva de que la función reparadora de la Corte se constriñe a determinar cuál es la regla de derecho internacional violada. Tesis similar es desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva: *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de las leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*: "La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos". OC-14, 9 de diciembre de 1994, numeral 49.

11 La Corte estimó "... that the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, which was elected on 15 January 1959, is not constituted in accordance with the Convention for the Establishment of the Organization". *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, I.C.J. Advisory Opinion, Reports 1960*, p. 171.

12 Así verbigracia la Corte señala el espectro de aplicación de las convenciones en materia de derecho humanitario: "Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines

no le corresponda resolver siquiera un sólo caso vinculado a los individuos en lo particular. Difícilmente los cuerpos regionales especializados en la materia podrían ignorar las reglas y principios que la Corte Internacional de Justicia infiere sobre el desarrollo de los derechos humanos a nivel universal.

El hecho de que la Corte Internacional de Justicia se pronuncie sobre tales temas ciertamente puede ser visto como una deformación competencial que horrorizará a los más conservadores. De ser este el caso, debemos apuntar *-obiter dictum-* sobre el hecho de que de todas las deformaciones que sufre la Corte a finales de siglo, ésta es la menor y la menos dañina. Otros males más severos la afectan y tienen que ver con una patología heredable a los cuerpos jurisdiccionales regionales: los Estados y las organizaciones internacionales contienden ilegalmente ante la Corte vía el procedimiento consultivo¹³ o mediante alguna irregularidad procesal calculada.¹⁴ Más aún: la Corte por la propia vía consultiva resuelve diferendos sin llamar a juicio a todas las partes involucradas;¹⁵ la Corte se integra desmedidamente por salas y en ocasiones con una conformación de juzgadores de latitudes remotas, pronunciándose sobre el derecho de alguna región del mundo con consecuencias poco afortunadas, lo que nos podría llevar a decir que la Corte Internacional de Justicia (en salas) no conoce el Derecho Interamericana-

certain rules to be applied in the armed conflicts of a non international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts...". *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 114.

13 "The mere fact that it is not the rights of States which are in issue in the proceedings cannot suffice to deprive the Court of a competence expressly conferred on it by its Statute". *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J., Advisory Opinion, Reports 1973*, p. 172. Véase también la opinión disidente del juez Fitzmaurice en el caso de Namibia: "In short, South Africa had, and was alone in having, precisely the same type of interest in the whole matter that a litigant has, -and should therefore have been granted the same right that any litigant before the Court possesses, namely that, if there is not already a judge of its own nationality amongst the regular judges of the Court, it can, under Article 31 of the Statute of the Court, appoint a judge ad hoc to sit for the purposes of the case". *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, Dissenting Opinion of Judge Gerald Fitzmaurice*, para. 17, p. 308. El profesor Héctor Fix-Zamudio ha discernido cabalmente la naturaleza de la actividad consultiva: "La *competencia consultiva* de la Corte Interamericana, si bien puede calificarse de judicial en sentido amplio, no posee carácter jurisdiccional..." (Énfasis en el original). "Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Editorial Jurídica E. Esteva, Uruguay 1996, p. 189.

14 Un ejemplo escolar de esta práctica lo encontramos en el caso de Camerún septentrional: "But the Court is not asked to redress the alleged injustice; it is not asked to detach territory from Nigeria; it is not asked to restore to the Republic of Cameroon peoples or territories claimed to have been lost; it is not asked to award reparation of any kind". *Northern Cameroons, I.C.J. Preliminary Objections, Reports 1963*, p. 32. Práctica similar la encontramos a nivel regional: *Cfr. C.I.D.H. Asunto de Viviana Gallardo y otras, Resolución del 22 de julio de 1981*.

15 Pues como la propia Corte ha reconocido: "General principles of law and the judicial character of the Court do require that, even in advisory proceedings, the interested parties should each have an opportunity, and on basis of equality, to submit all the elements relevant to the questions which have been referred to the review tribunal". *Application for Review of Judgement No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J., Advisory Opinion, Reports 1973*, p. 181.

16 *Cfr. Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Reports 1992*, p. 558, num. 333.

no.¹⁶ Por último y nuevamente a partir de una deformada utilización de la función consultiva, la Corte ha encontrado un espacio para servir como órgano de apelación a las decisiones del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas,¹⁷ así como del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo.¹⁸ Este último punto nos sirve como puente para pasar al siguiente género de jurisdicción tutelar de los derechos humanos.

V. LAS JURISDICCIONES DE ATRIBUCIÓN

5. Otro tipo de instancias aparecen en el escenario internacional con decisiones de naturaleza y efectos distintos. Las jurisdicciones de *atribución*¹⁹ o de jurisdicción limitada,²⁰ incorporadas a las organizaciones internacionales como órganos subsidiarios de las Naciones Unidas y con fuerte influencia del derecho administrativo occidental de la posguerra.²¹ Se trata de instancias que resuelven problemas intraorgánicos de la Organización, cuya naturaleza internacional se encuentra en entredicho y en donde los problemas a resolverse son especialmente en materia laboral y de protección a las inmunidades del personal onusiano.²² Su carácter de órgano

17 Cfr. *Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J., Advisory Opinion, Reports 1954*, p. 53.

18 Cfr. *Judgments of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation upon Complaints made against the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, I.C.J., Advisory Opinion, Reports 1956*, p. 84.

19 Respecto de la posición confusa de las jurisdicciones de atribución en el propio derecho interno de los Estados véase: Jean Vincent et al. *La justice et ses institutions*, Dalloz, deuxième édition, Paris 1985, p. 462. “Celles-ci sont d’autant plus nombreuses qu’il est parfois difficile de distinguer activité juridictionnelle et activité administrative, qui sont parfois confiées dans certains domaines à un même organe, qui agit tantôt comme organe administratif et tantôt comme organe juridictionnel.” Véase también de Héctor Fix-Zamudio, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, El Colegio Nacional, México 1983, pp. 57 a 59.

20 “The Court has not lost sight of the fact that both before the Administrative Tribunal and in the statements submitted to the Court it has been contended, on the one hand, that the Administrative Tribunal was an international tribunal and, on the other hand, that it was a Tribunal of limited jurisdiction (*‘jurisdiction d’attribution’*) and not of general jurisdiction (*‘jurisdiction de droit commun’*). That contention has been put forward with a view to achieving a restrictive interpretation of the provisions governing the jurisdiction of the Tribunal. The Court does not deny that the Administrative Tribunal is an international tribunal. However, the question submitted to the Tribunal was not a dispute between States. It was a controversy between Unesco and one of its officials”. *Judgments of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation upon Complaints made against the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, I.C.J., Advisory Opinion, Reports 1956*, p. 97.

21 La Corte Internacional de Justicia ha explicado la naturaleza del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas: “This examination of the relevant provisions of the Statute shows that the Tribunal is established, not as an advisory organ or a mere subordinate committee of the General Assembly, but as an independent and truly judicial body pronouncing final judgments without appeal within the limited field of its functions”. *Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, I.C.J., Advisory Opinion, Reports 1954*, p. 53.

22 No obstante su carácter de órgano interno de control: “... en règle générale, une partie importante du contentieux issu du fonctionnement de l’activité administrative des organisations leur échappe”. Suzanne Bastid. “Les tribunaux administratifs et leur jurisprudence”, *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, 1957-II, p. 348.

de protección de los derechos humanos deriva del hecho de que resguarda derechos laborales, mismos que en principio no podrían ser dirimidos ante los tribunales domésticos, ni tampoco ante tribunal regional alguno en materia de derechos humanos. En estos juicios donde un burócrata problemático llama a cuentas la más de las veces al Secretario General de las Naciones Unidas, la Corte en sus funciones consultivas (apelativas) desarrolla una extraña doctrina de corte constitucional, en donde sin involucrarse con los motivos de legalidad del problema, analiza en qué medida la decisión del tribunal administrativo vulneró una norma de la Carta de las Naciones Unidas.²³ El sentido de las resoluciones de los órganos de jurisdicción limitada se constriñe a pronunciarse sobre las eventuales irregularidades de un despido, la naturaleza de los contratos de trabajo en los que la Secretaría General es parte, la discrecionalidad del titular dicho órgano principal de la ONU para recontratar a sus empleados, todo en un cuadro puramente familiar del sistema. Excepcionalmente, cuando la inmunidad de un agente de la Organización ha quedado en entredicho por la acción de un Estado, entonces la actividad juzgadora del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas recobra tímidamente su nivel propiamente internacional.²⁴ Los efectos de las resoluciones de este género de tribunales, consisten en pronunciar la anulación de la medida afectada por desvío de poder y eventualmente acordar una reparación pecuniaria.²⁵ Enfrentado al principio de jerarquía de las instancias, las decisiones del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas son obligatorias incluso para la Asamblea Ge-

23 De esta suerte, al igual que lo que ocurre en algunas cortes constitucionales en donde se establece una clara diferenciación competencial entre los órganos de control de la legalidad en relación con los de protección de la constitucionalidad, una distinción semejante se da en las relaciones de revisión por parte de la Corte Internacional de Justicia -por la anómala vía de las opiniones consultivas-, respecto del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, limitándose aquella a conocer de “las violaciones de la Carta” en la sustanciación del procedimiento incoado ante el Tribunal Administrativo. De esta suerte la Corte ha señalado de manera reiterada: “64. In any event, the Court clearly could not decide whether a judgement about the interpretation of Staff Regulations or Staff Rules has erred on a question of law relating to the provisions of the Charter, without looking at that judgement to see what the Tribunal did decide. While to that extent the Court has therefore to examine the Tribunal’s decision on the merits, it is not the business of the Court, after making that examination, itself to get involved in the question of the proper interpretation of the Staff Regulations and Staff Rules, as such, *further than is strictly necessary in order to judge whether the interpretation adopted by the Tribunal is in contradiction with the requirements of the provisions of the Charter of the United Nations.*” *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 1982*, p. 358. (Enfasis añadido). Véase en particular la opinión disidente del juez Lachs, pp. 417 y siguientes. En el mismo sentido: “It is however necessary to recall once again that the question before the Court is a different one: whether the Tribunal erred on a question of law relating to the provisions of the Charter of the United Nations. It is only if the Tribunal can be said, by the course of action it is alleged to have adopted, to have erred on a question of law of that kind, that it becomes the duty of the Court to examine the matter. The Court has therefore to ask, first, what was the error of law which, it is asserted, was committed by the Tribunal; and secondly, what was the source of the rule of law it is said to have failed properly to respect, in order to establish whether the error was one which related to the provisions of the Charter”. *Application for Review of Judgement No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1987*, p. 57.

24 *Cfr. Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989.*

25 *Cfr. Nguyen, op.cit.*, p. 867.

neral de quien es órgano subsidiario,²⁶ haciendo las veces de medio de control de la legalidad de propia Asamblea.

VI. LAS JURISDICCIONES DE PUNICIÓN

6. El tercer rubro de órganos jurisdiccionales está compuesto por las instancias internacionales con vocación a solucionar los diferendos de índole criminal, en donde el objeto del tribunal internacional es el de decretar la pena correspondiente a los responsables de acciones delictivas internacionales. El efecto de las sentencias de estos tribunales es siempre una *punicción* a individuos en particular y sólo de manera subsidiaria un pronunciamiento sobre la responsabilidad del ente abstracto llamado Estado, dada la incapacidad de éste de maquinar la comisión de un acto delictivo, quedando siempre el pronunciamiento de la responsabilidad gubernamental a cargo de una instancia de *reparación* que determine en su oportunidad la debida compensación material a los afectados. Hasta el estado actual del derecho internacional contemporáneo, los órganos de punición tienen como derecho sustantivo el derecho humanitario internacional, fundamentalmente convencional, como de manera caprichosa el consuetudinario. Ciertamente no es esta la oportunidad para discurrir en torno a la azarosa forma de creación de tales tribunales de acuerdo con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,²⁷ de su constitucionalidad respecto de la misma, de lo sospechosamente interminable que ha sido para los miembros de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas preparar un estatuto de Corte Penal Internacional de carácter permanente, a la cual todavía le espera un larguísimo proceso de ratificación o de las trampas procesales que le resultarán propias.²⁸ Nuestro análisis de sus resoluciones no implica de manera alguna que aceptemos sin mayores discusiones los vicios estructurales esbozados, sino tan sólo se limita al ejercicio científico de su catalogación.

En cuanto a sus efectos, los tribunales especializados para la ex-Yugoslavia y para Ruanda tienden a crear con sus resoluciones, lo que pudiéramos llamar un sistema de *justicias* paralelas entre el derecho penal internacional sustantivo respecto del derecho criminal doméstico que le sirve de reenvío o de parámetro. De esta suerte, cuando la calificación del crimen es de lesa humanidad en cualesquiera de las dos jurisdicciones señaladas y los citados tribunales se

26 Cfr. *Effect of Awards of Compensation made by the United Nations Administrative Tribunal*, I.C.J., *Advisory Opinion, Reports 1954*, p. 53.

27 Nada resulta más alejado de un verdadero sistema internacional de punición, que el sólo hecho de constatar que para la creación por parte del Consejo de Seguridad de estos tribunales especializados bajo la égida del capítulo VII de la Carta, aplica consecuentemente el método de votación de dicho órgano en tratándose de cuestiones de fondo, activándose de manera necesaria la posibilidad de la aplicación del llamado veto, y por ende quedando a la deriva veleidosamente la integración de tales tribunales no obstante que existieren razones suficientes para su creación en un conflicto determinado.

28 Para profundizar en torno a este tema véase: Gutiérrez Baylón, Juan de Dios, "El proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional en el contexto de las tendencias recientes en materia de arreglo pacífico de las controversias internacionales", en *Un homenaje a don César Sepúlveda. Escritos Jurídicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, pp. 227-244.

reconocen competentes para enjuiciar y castigar a los responsables, un paradójico efecto producto de la existencia de dos derechos criminales paralelos (el internacional y el doméstico), puede llegar a permitir que verbigracia, mientras uno de los tribunales especializados con la más severa de sus sentencias impusiese la prisión perpetua a un alto responsable del delito de genocidio, en cambio, un agente ejecutor menor del cual los tribunales internacionales especializados se hubiesen desentendido dada la poca gravedad de sus actos, podría ser objeto de la pena de muerte si dichos actos así calificaren de acuerdo con el derecho criminal local.²⁹ La indemnización de víctimas o de sus causahabientes no es un efecto inherente a las resoluciones de los tribunales especializados, sino que aparece en sus reglamentos procesales como una mera habilitación para que los afectados acudan ante las instancias nacionales una vez que la el tribunal internacional ha declarado la responsabilidad del indiciado. Es decir, la sentencia del tribunal internacional dado su carácter de jurisdicción represiva no indemniza en absoluto a las víctimas.³⁰ La suerte de lo que en su momento se prevé sea la Corte Penal Internacional no es muy distinta. El sentido de las resoluciones sigue la tradición punitiva de Nuremberg respecto del individuo y las formas de reparación alterna son aún aleatorias.³¹

Dado el carácter inconstitucional de los tribunales especializados respecto de la Carta, una teoría emergente en las funciones de estos órganos (en particular en el de la ex-Yugoslavia), ha empezado a desarrollarse. Como era de esperarse, en el caso *Tadic* la defensa arguyó la inconstitucionalidad de la creación del tribunal en orden a la Carta, en virtud de que éste había sido establecido por el Consejo de Seguridad fundándose arbitrariamente en el Capítulo VII de la Carta como si acaso la instauración de un tribunal fuese una de las medidas previstas en los artículos 41 y 42 de la Carta de la ONU. El Tribunal en búsqueda de su competencia abandonó el discernimiento natural de los tribunales internacionales conforme al principio de la *competencia de la competencia*, mismo que los habilita a decidir ellos mismos sobre el ejercicio de la jurisdicción al caso concreto, para en su lugar indagar en torno al marco de facultades que la Carta concedió al Consejo de Seguridad para crear órganos subsidiarios como lo es el propio Tri-

29 Esta hipótesis que se ha presentado particularmente en los casos de Ruanda en donde buena cantidad de los responsables de las matanzas cometidas se enfrentan a la posibilidad de recibir la pena de muerte, en tanto, los altos oficiales bajo jurisdicción del tribunal internacional sólo pueden en el peor de los casos, ser sentenciados a privación de la libertad, de conformidad con el artículo 23, numeral 1, del *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*, cfr. S/RES/955 (1994), 8 de noviembre de 1994, página 13. Lo propio ocurre respecto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, de conformidad con el artículo 24, numeral 1 de su Estatuto, cfr. S/RES/808 (1993), p. 19

30 Así verbigracia, el artículo 106, inciso B), del Reglamento de Procedimientos del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia establece: "Pursuant to the relevant national legislation, a victim or persons claiming through him may bring an action in a national court or other competent body to obtain compensation". *Rules of Procedure and Evidence*, IT/32, 14 de marzo de 1994, p. 57.

31 Copiado al pie de la letra lo enunciado en los estatutos de los tribunales especializados para Ruanda y la ex-Yugoslavia, el artículo 45, inciso G) de las propuestas modificatorias al proyecto de la Comisión, se prevé la fórmula de la indemnización de las víctimas mediante el reenvío a los tribunales domésticos mediante el ejercicio de acciones completamente autónomas. Cfr. *Informe del Comité Preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, volumen II, (compilación de propuestas), Asamblea General, Documentos oficiales. Quincuagésimo primer período de sesiones. Suplemento No. 22A (A/51/22), p. 226.

bunal para la ex-Yugoslavia, lo que revirtió el proceso a un examen de la legalidad de la actuación del brazo armado de las Naciones Unidas. El Tribunal se hizo a la tarea de demostrar que el Consejo de Seguridad no había actuado *ultra vires* en el ejercicio de sus habilitaciones constitucionales, para de manera marcadamente ulterior decidir en torno de su competencia en el caso *Tadic*. Con esta labor, resulta que al igual que lo que ocurre con el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas respecto de la Asamblea General como fue mencionado líneas atrás, el Tribunal para la ex-Yugoslavia termina por valorar los actos del órgano principal de quien es subsidiario creando un *efecto adicional* en las resoluciones de este tipo de instancias internacionales, consistentes en el examen de la legalidad de sus respectivos órganos principales de acuerdo con la Carta. No es esta la oportunidad académica para discutir en torno a la utilidad y beneficio de la creación de los órganos subsidiarios con vocación jurisdiccional, de acuerdo con los artículos 22 y 29 de la Carta de las Naciones Unidas, lo único que es viable señalar de manera incidental, es que los órganos subsidiarios con tareas en el ámbito de la solución de diferendos y de la protección de los derechos humanos, parecen condenados a ver mermada su eficacia ante la manera irregular de su instauración.³²

VII. LOS TRIBUNALES REGIONALES PROTECTORES DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS MECANISMOS DE REPARACIÓN POR INDEMNIZACIÓN

7. Las cortes regionales protectoras de los derechos humanos se catalogan dentro del rubro del *contencioso de indemnización* y tienen un poder limitado en la consecución de sus tareas tutelares. Dotadas de la facultad de conocer violaciones a los derechos fundamentales, el efecto de sus sentencias es la de restablecer el goce del derecho vulnerado o ante la imposibilidad de ello, proponer la indemnización debida. Dicha tarea es lograda mediante las sentencias que tales tribunales dictan respecto del alcance de la violación a los derechos humanos sin pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad del órgano administrativo que la ejecutó. De esta suerte, aun cuando se demostrare cabalmente la culpabilidad de un agente administrativo en la violación de los derechos humanos, la sola sentencia de un tribunal tutelar en la materia no compele a que se le incoare responsabilidad por sus actos. La función garante se satisface con el restablecimiento del goce del derecho fundamental vulnerado o en su caso del goce alterno de otro de los derechos concebido como reparación.³³

32 Este fenómeno se antoja imposible en tratándose de los órganos principales de las Naciones Unidas, pues al estar previstos por la propia Carta, su constitucionalidad queda fuera de duda. Asimismo, tampoco sería posible discutir respecto de la jerarquía -verbigracia- del Consejo de Seguridad respecto de la Corte Internacional de Justicia: "Yes this much they have in common - that all organs alike exercise their authority under and in terms of the Charter. There can never truly be a question of opposition of one organ to another but rather a common subjection of all organs to the Charter". *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992. Dissenting Opinion of judge Weeramantry*, p. 166.

33 Así lo reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*: "... la protección de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no

8. Los medios de reparación aplicados en el Sistema Interamericano³⁴ de los derechos humanos prevén en primer término la *plena restitución* del derecho afectado cuando ello es posible según la naturaleza del daño producido, de suerte que si los hechos fueren consumado de manera irrestituible, se activa el goce de la *indemnización compensatoria*, la cual es en el Sistema Interamericano una de las más generosas,³⁵ misma que se materializa respecto del directamente afectado o eventualmente puede ser realizada respecto de sus causahabientes.³⁶ También está prevista la reparación de las afectaciones no patrimoniales de los individuos mediante la figura del *daño moral*,³⁷ y algo parecido en función de la restitución del prestigio de los Estados.³⁸

tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”. *Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4*, p. 51. *Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5*, pp. 52 y 53.

34 De manera similar ocurre para su homóloga europea de acuerdo con el artículo 50 de la *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, la cual establece: “Si la Corte considera que una decisión o una medida tomada por una autoridad judicial o por cualquiera otra autoridad de una de las altas partes contratantes está completamente o parcialmente en conflicto con las obligaciones que surjan de la presente Convención, y si la ley interna de dicha parte permite solamente hacer una reparación parcial por las consecuencias de dicha decisión o medida, la decisión de la Corte deparará, si es necesario, una justa satisfacción a la parte perjudicada”.

35 “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”. *Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7*, p. 21; *Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8*, p. 18.

36 *Cfr.* Caso *Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994*, numeral 69.

37 “En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de equidad”. *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7*, p. 21; *Corte I.D.H., Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8*, pp. 18 y 19. Empero, la propia Corte en las mismas decisiones estima que la sola sentencia condenatoria es ya en sí misma, una forma suficiente de reparación del daño moral. *Ibidem*, pp. 23 y 21 respectivamente.

38 Sobre este punto, un camino más bien errático fue recorrido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al servirse de presunciones de fama de los Estados para sacar conclusiones preliminares: “Estas particularidades obedecen a que el Gobierno, consecuente con el bien conocido compromiso de su país con el respecto a los derechos humanos y el tradicional apoyo que ha brindado a esa causa, así como a la cooperación internacional...” *Asunto de Viviana Gallardo y otras, Decisión del 13 de noviembre de 1981*, numeral 12. Lo que lleva a la paradoja que en el mismo asunto, en la decisión del 8 de septiembre de 1983, la Corte señala: “3. Que [de] las informaciones sobrevenientes recibidas... se desprende que el Gobierno de Costa Rica ha actuado de conformidad con las disposiciones legales vigentes, sancionando con todo el rigor de la ley al responsable de los actos denunciados...”. *Asunto de Viviana Gallardo y otras, Decisión de 8 de setiembre de 1983*, numeral 3. La paradoja consiste en el hecho de que el juez se pronuncie sobre la inexistencia de responsabilidad en un asunto en donde se inhibió de conocer y de integrar el expediente respectivo. Sin embargo, la regla fue felizmente encontrada en el caso *Gangaram Panday*: “La Corte observa que la sola constatación de un caso individual de violación de los derechos humanos por parte de las autoridades de un Estado no es, en principio, base suficiente para que se presuma o colli-

9. La ventaja de este género de jurisdicciones se encuentra en el efecto casi inmediato que sus resoluciones pueden lograr en la restauración del goce del derecho fundamental vulnerado, ya sea reparando de manera directa o ante su imposibilidad activando el goce alterno de un derecho sucedáneo, de acuerdo con los principios de reparación pactados en los instrumentos convencionales que las crean. Ciertamente, el derecho consuetudinario internacional generosamente les abre cada vez más el espectro de sus respectivas competencias mediante un progresivo reconocimiento de diversas *generaciones* de derechos fundamentales, lo que tiene como consecuencia que el diferenciado desarrollo económico o político de los Estados se proyecte en el tipo de resoluciones que estos tribunales deben dictar incluso en el marco de un mismo sistema regional, haciendo prácticamente ilusoria la aplicación homogénea de un derecho supranacional, ante estadios de desarrollo nacionales en materia de derechos humanos marcadamente distintos.

CONCLUSIONES

10. Atendiendo al tipo de resoluciones que los tribunales protectores de los derechos humanos y del derecho humanitario dictan, podemos señalar varias notas que les son afines como lo es el hecho de desarrollar en conjunto una doctrina común sobre los derechos humanos sin distinción de los tiempos de paz o de beligerancia, forjando una regla compulsiva a cargo de los Estados para el respeto absoluto de tales derechos.

11. Seguramente como consecuencia del carácter acentralizado del derecho internacional, los tribunales en la materia han ido emergiendo sin ligas entre ellos, con velocidades distintas entre sí y con diferencias estructurales o ideológicas acentuadas, aplicando concepciones jurídicas distintas ante fenómenos esencialmente similares. Se trata de jurisdicciones no vinculadas a ningún órgano de apelación que las revise, creando jurisprudencias cuando más convergentes.

12. Por las razones anteriores, los derechos humanos se protegen en el derecho internacional contemporáneo de manera desarticulada, ya sea por la exagerada especialidad del tribunal, por distinción estricta *ratione materiae*, por regionalismos o por insuficiencia constitucional para reprimir a quienes perpetran los actos criminales de acuerdo con el actual sistema de la Carta de San Francisco.

13. La modernización de los sistemas tutelares de los derechos humanos debe pasar por la integración a un sólo sistema internacional de desarrollo del derecho internacional sustantivo relativo a los derechos humanos, capaz de hacer las veces de régimen reparador de sus violaciones y represivo en contra de los sujetos que conculquen tales derechos fundamentales, instaurándose un *unicum* internacional para su defensa.

ja la existencia dentro del mismo de prácticas masivas y colectivas en perjuicio de los derechos de otros ciudadanos". *Sentencia de 21 de enero de 1994*, numeral 64.

LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO EN RELACIÓN CON LAS LEGISLACIONES NACIONALES

Rubén Hernández Valle^(*)

SUMARIO: I. DEDICATORIA. II. INTRODUCCIÓN. III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES Y SU TUTELA JURISDICCIONAL EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS. 1. La naturaleza jurídica de los derechos prestacionales. 2. Las omisiones legislativas. 3. La tipología de las sentencias constitucionales en materia de omisiones legislativas. a. Las sentencias apelativas o de recomendación al legislador. b. Las sentencias aditivas. IV. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES EN LA CONVENCIÓN AMERICANA Y EN EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. 1. La regulación en la Convención Interamericana. 2. La regulación en el Protocolo de San Salvador. V. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH EN MATERIA DE DERECHOS PRESTACIONALES. VI. CONCLUSIÓN.

I. DEDICATORIA

Dedico este pequeño ensayo al Dr. Héctor Fix-Zamudio, pionero indiscutible del Derecho Procesal Constitucional en América Latina, pero sobre todo, maestro en el difícil arte de la convivencia humana. Su gran don de gentes, su sencillez, su trato afable, su humor agudo lo hacen una persona muy especial. Por ello, tal vez su mejor legado, a quienes en alguna forma hemos bebido en las fuentes de sus enseñanzas, ha sido la calidad humana que nos ha transmitido.

(*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Costa Rica.

II. INTRODUCCIÓN

Luego de la entrada en vigencia de las Constituciones Políticas de la postguerra, el tradicional Estado de Derecho, basado sobre los principios de libertad e igualdad, evolucionó hacia el moderno Estado social y democrático de Derecho, en el que se han potenciado los derechos de contenido económico y social, cuyos antecedentes se remontan, sin embargo, hasta la Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919.

El reconocimiento de los derechos sociales y económicos en los textos constitucionales de la postguerra plantea una serie de problemas jurídicos de difícil solución.

Estos problemas se han agudizado con la entrada en vigencia del Pacto de San José y con la aprobación del Protocolo de San Salvador, pues ambos instrumentos jurídicos contienen disposiciones que, en materia de tutela de los derechos prestacionales, en alguna forma entran en conflicto con los ordenamientos internos de los países signatarios.

En el presente artículo se evidenciarán esos problemas y se sugerirán algunas posibles soluciones.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES Y SU TUTELA JURISDICCIONAL EN LOS ORDENAMIENTOS INTERNOS

1. *La naturaleza jurídica de los derechos prestacionales*

La persona, en cuanto forma parte de una comunidad socio-económica, es titular de una serie de derechos, algunos de contenido económico y otros de carácter prestacional. Estos últimos nacen de una situación de desequilibrio social, por lo que su finalidad es justamente la de buscar un equilibrio basado en el principio de igualdad material, o en el “carácter solidario de la libertad individual” (*Mortati*).

Dentro de este orden de ideas, algún sector de la doctrina inclusive llegó a cuestionarse la virtualidad jurídica de tales derechos, pues los consideraba como “vocaciones a la libertad por cuanto no definen una libertad presente, anuncian una liberación. Y esa liberación se obtendrá menos por el esfuerzo individual, que por la acción de los gobernantes” (*Burdeau*).

En suma: esta categoría otorga a los particulares una serie de derechos que les permiten desarrollarse, por una parte como empresarios (derechos de propiedad, libertad económica, libertad contractual, etc.) y, por la otra, ser beneficiarios de una serie de prestaciones que le brinda el Estado, con el fin de buscar un equilibrio social adecuado.

Entre tales derechos pueden citarse, sin que la enumeración sea exhaustiva sino simplemente ejemplificativa pues varía de un ordenamiento a otro, el derecho a la vivienda digna, el

derecho a un seguro de desempleo, el derecho a una ocupación estable, la creación de un patrimonio familiar, el derecho a un ambiente sano, etc.

Algunos de los derechos prestacionales no son de goce inmediato, sino a partir del momento en que el Estado establezca los servicios públicos o las instituciones encargadas de prestarlos, o bien se creen las condiciones económicas necesarias para su efectivo disfrute.

Por ello es necesario precisar cuál es su naturaleza jurídica, dado que tales derechos pretenden satisfacer determinadas necesidades de los ciudadanos en el orden económico y social.

El problema nuclear estriba en establecer si se trata propiamente de derechos subjetivos públicos, en el sentido de que son oponibles *erga omnes* y exigibles frente al Estado y, además, tutelados judicialmente en caso de violación o amenaza de violación por medio del recurso de amparo, o si, por el contrario, se trata de meras pretensiones materiales frente al Estado, las cuales sólo pueden ser satisfechas en la medida del desarrollo económico de cada sociedad estatal particular.

En esta última concepción, no serían auténticos derechos y, por tanto, no serían oponibles al Estado, en el sentido de exigir una conducta concreta de éste para satisfacer los intereses por ellos amparados, ni tampoco serían tutelables en la vía jurisdiccional por medio del recurso de amparo, en caso de violación o amenaza de vulneración.

En nuestro criterio las normas constitucionales que consagran tales prestaciones no confieren auténticos derechos subjetivos públicos en favor de los ciudadanos, sino que se trata, más bien, de verdaderas normas de legislación o programática (*Crisafulli*), cuyos destinatarios son los órganos estatales, especialmente los Parlamentos.

Tales normas establecen directrices, de naturaleza política, con el fin de que la acción de los gobernantes se canalice en el sentido de satisfacer, en la medida de las posibilidades económicas del Estado, tales pretensiones materiales a los ciudadanos, pues se considera que la efectiva satisfacción de esos intereses sustanciales propugna una sociedad más igualitaria y justa, que son dos de las finalidades esenciales que persigue el moderno Estado social y democrático de Derecho.

El incumplimiento de tales directrices, ya sea por parte del legislador o de la Administración, no puede conceder a los ciudadanos derechos subjetivos para exigir por vía del recurso del amparo que tales prestaciones se cumplan efectivamente, primero porque nadie está obligado a lo imposible -ni siquiera el Estado- y, en segundo término, porque la esencia del derecho subjetivo estriba precisamente en poder exigir una conducta o una prestación a la otra parte y si ésta rehusa hacerlo, imponerlo coactivamente por medio de los tribunales de justicia, pues como dicen los ingleses, sólo pueden considerarse derechos aquellas pretensiones que son tutelables judicialmente.

En este caso, la supuesta parte incumpliente -el Estado- no está obligada a la realización de ninguna prestación concreta, pues las normas de legislación respetan la discrecionalidad política del legislador, dado que éste constituye la esencia del Parlamento en un sistema democrático de gobierno.

A lo sumo, las directrices de legislación implican una prohibición para el Parlamento y la Administración Pública de actuar en forma contraria al contenido de la directriz, pero nunca un mandato al legislador (*Rubio Llorente*), que sea vinculante y que, en consecuencia, tenga efectos jurídicos concretos en caso de que no sea actuado.

De esa forma se puede concluir que los denominados “derechos prestacionales” no confieren a los ciudadanos derechos subjetivos públicos, por lo que tampoco son tutelables judicialmente por los mecanismos del recurso de amparo. Es decir, su violación o amenaza de conculcación sólo son tutelables judicialmente cuando haya sido creada la institución o, en su caso, el mecanismo administrativo o jurídico idóneos a hacer efectiva la respectiva prestación o a garantizar su ejercicio.

Verbigracia, un desocupado involuntario no podría recurrir a la jurisdicción constitucional de su país, por vía del recurso de amparo, alegando que el Estado debe pagarle un seguro de desempleo, porque dicho derecho se encuentra consagrado en la Carta Política, aunque no se haya creado la institución encargada de administrarlo. En nuestro criterio, en esta hipótesis, el respectivo recurso de amparo debería rechazarse ad limine, pues el derecho subjetivo del ciudadano nacería en el momento en que el Estado creare la institución pública encargada de la administración de dicho seguro de desempleo.

A pesar de lo dicho, es evidente que las disposiciones constitucionales que los consagran tienen eficacia normativa, pues de lo contrario habría que concluir que las Cartas Políticas contienen preceptos jurídicamente ineficaces, lo cual es contradicho unánimemente hoy día por la doctrina especializada. Es decir, las disposiciones constitucionales no son simples saludos a la bandera, sino normas jurídicas con eficacia *erga omnes*.

En consecuencia, subsiste el problema de conciliar el principio de la eficacia de las normas constitucionales con la inexigibilidad jurisdiccional de algunos derechos prestacionales y la discrecionalidad del Parlamento.

Estos tres elementos deben armonizarse a fin de que, sin lesionar ninguno de ellos, se pueda tutelar jurisdiccionalmente a los titulares de los derechos prestacionales.

2. *Las omisiones legislativas*

A pesar de lo indicado en el acápite anterior, el incumplimiento del Estado para satisfacer los intereses materiales que integran los derechos prestacionales, encuentra un posible remedio, desde el punto de vista jurídico, en el ámbito de las omisiones legislativas.

Estas se suelen definir como la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales. A diferencia de la laguna, la omisión se caracteriza siempre por el incumplimiento de una obligación de desarrollar una disposición o principio constitucional. Por ello, la inconstitucionalidad por omisión es “la violación constitucional provocada por la inactividad del órgano legislativo pese a la existencia de un mandato constitucional expreso” (*Aguar de Luque*).

La doctrina italiana distingue entre omisión absoluta y omisión relativa. La primera se produce cuando falta todo tipo de actuación normadora destinada a aplicar el precepto o el principio constitucional.

En este caso, la inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia de normativa por parte del Parlamento para dar actuación al “mandato del legislador” (*Rubio Llorente*). En otros términos, existen preceptos y principios constitucionales que imponen al legislador la obligación de emitir una o un conjunto de normas que disciplinen algún aspecto del texto constitucional que allí sólo se encuentra delineado en sus rasgos más generales.

En cambio, se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de sus potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley. En otros términos, en los casos de omisión relativa el legislador no está obligado a actuar un precepto constitucional. Sólo después de la intervención discrecional del Parlamento puede surgir un problema de legitimidad constitucional en relación con el principio de igualdad, dado que la omisión relativa deriva de actuaciones parciales de aquél al disciplinar una materia sólo para algunas relaciones determinadas, excluyendo otras análogas.

3. *La tipología de las sentencias constitucionales en materia de omisiones legislativas*

El Derecho Procesal Comparado ha elaborado una tipología de sentencias constitucionales para hacerle frente al problema de las omisiones legislativas.

En general son dos tipos de sentencia constitucional las que pueden remediar las omisiones legislativas: a. las apelativas o de recomendación al legislador y b. las aditivas.

a. *Las sentencias apelativas o de recomendación al legislador*

Sobre el particular existen dos modalidades: la primera, contemplada en el artículo 283 de la Constitución del Portugal, la cual crea un control abstracto de inconstitucionalidad por omisión. Los sujetos legitimados para incoar el proceso son el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo y, en su caso, los Presidentes de las Asambleas Regionales. Al Tribunal Constitucional le corresponde únicamente verificar si se ha producido un incumplimiento inconstitucional, como consecuencia directa de no haberse adoptado las medidas legislativas necesarias para actuar efectivamente la Constitución. La sentencia estimatoria, en su caso, es meramente declarativa, pues se dirige a constatar la inconstitucionalidad por omisión y a comunicarlo al órgano legislativo para que tome las medidas del caso.

En una segunda vertiente, tales sentencias, que reciben diferentes nombres según el país (“apelativas” en España; “monito” en Italia y “Appellentschidungen” en Alemania), se caracterizan porque dirigen recomendaciones al Parlamento de cómo legislar una determinada materia o de cuándo debe hacerlo, de manera que se repare una inconstitucionalidad por omisión legislativa, tanto en los casos en que sólo se reconoce parcialmente y en favor de un determinado número de personas un derecho de contenido prestacional, o bien cuando no exista ninguna legislación en la materia.

Su eficacia es bastante dudosa, por lo que en Italia se terminaron construyendo las denominadas “doppia pronuncia”, porque en una primera sentencia la Corte Costituzionale advierte al Parlamento que si no legisla para equiparar a los excluidos del derecho prestacional dentro del plazo señalado en la sentencia, se dictará una nueva que declarará la inconstitucionalidad de la norma originalmente impugnada por omisión legislativa.

En otros términos, la sentencia original otorga un plazo al Parlamento para que colme el vacío legislativo parcial denunciado en la acción de inconstitucionalidad. Si el legislador no cumple dentro de ese plazo con lo indicado por el tribunal constitucional, entonces éste dicta una segunda sentencia que declara inconstitucional la omisión legislativa. Se produce entonces una “doppia pronuncia”, sea una sentencia inicial desestimatoria condicionante y, una segunda, de carácter estimatorio, si el legislador no cumple la condición contenida en la advertencia dirigida a él en la primera sentencia, por lo que en Italia, de manera irónica, se ha terminado llamándolas “sentenze-delega”.

En relación con los derechos prestacionales, este tipo de sentencias presenta dos hipótesis diferentes: en la primera de ellas, cuando se refieren a una omisión legislativa parcial, otorgan un plazo al Parlamento para que llene el respectivo vacío legislativo, a fin de satisfacer la pretensión material contenida en la norma constitucional actuada parcialmente. Si dentro del plazo fijado al efecto el Parlamento no emite la normativa correspondiente, en tal hipótesis la segunda sentencia declara inconstitucional la norma impugnada por omisión legislativa y reconoce el derecho prestacional originalmente denegado a los recurrentes.

En cambio, cuando se trata de una omisión legislativa absoluta, dado que no existe una norma previa que pueda ser declarada contraria a la Carta Política, sólo se dicta una sentencia que indica al Parlamento que debe colmar el vacío legislativo existente. Si éste no acatare la decisión del tribunal constitucional dentro del plazo fijado al efecto, en tal hipótesis, se tienen por agotados los procedimientos internos a fin de que el o los afectados puedan acudir a la jurisdicción interamericana en tutela de sus derechos, en los términos del artículo 46.a del Pacto de San José.

b. *Las sentencias aditivas*

En el caso de las omisiones legislativas pueden darse dos hipótesis: la primera es aquella en que la omisión se entiende como exclusión y, por tanto, la adición lo que provoca es la admisión.

En este caso la ausencia de normativa no crea ningún problema en principio. Sólo después de la intervención positiva discrecional del legislador podría surgir eventualmente una cuestión de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad. En tal hipótesis, por tratarse de una omisión legislativa parcial, se recurriría al mecanismo de las sentencias de recomendación al legislador, analizadas en el acápite anterior.

El tema, sin embargo, se sitúa en una zona limítrofe entre las potestades propias de los tribunales constitucionales y las funciones que corresponden a los Parlamentos. Es evidente que el monopolio en la elaboración de la legislación es tarea de aquéllos, sin que los tribunales constitucionales pueden, en ningún caso, sustituir a los órganos legislativos en sus tareas de fijar objetivos-fines y de la determinación de unos medios al servicio de aquéllos, que se materializan en la producción de normas primarias con eficacia *erga omnes*. Pero, por otra parte, los tribunales constitucionales son los supremos garantes del Derecho de la Constitución, lo que los obliga a amparar cualquier violación, positiva o negativa, de sus preceptos.

De ahí que en cada caso concreto, los tribunales constitucionales, en aplicación de la vieja técnica de la Supreme Court norteamericana del “self restraint”, deban valorar si pueden dictar sentencias aditivas de equiparación, o si ello es una opción política que corresponde al legislador de manera exclusiva.

La segunda hipótesis, en cambio, se produce en los casos de omisión legislativa absoluta. Aquí el contraste con la Constitución viene provocado por la inexistencia de una regla de actuación, por lo que el tribunal constitucional se ve obligado a integrar la laguna.

Aquí, por tratarse de una violación al “mandato del legislador” pareciera que, en principio, los tribunales constitucionales están obligados a integrar el ordenamiento para el caso concreto, con el fin de actuar los principios y preceptos constitucionales violados con la omisión legislativa absoluta.

Sin embargo, cuando se trata de derechos prestacionales es evidente que los tribunales constitucionales no pueden colmar la laguna legislativa, pues estarían invadiendo materia propia de la esfera del legislador. Como dice un autor italiano, hoy juez constitucional de su país, “No existe ningún monopolio de la Corte que la habilite para declarar en vía exclusiva los preceptos implícitos en la legislación, ni siquiera para enuclear el alcance de las reglas constitucionales... si la norma está presente en el sistema, corresponde al sistema (a todos los jueces) explicitarla; si no existe, corresponde al legislador (sólo al legislador) crearla. Interviniendo la Corte, en cambio, en el primer caso viola la esfera de competencia de los jueces; en el segundo caso, la del legislador” (*Zagrebelky*).

Si aceptáramos la posibilidad de que el juez constitucional pueda emitir sentencias aditivas en materia de derechos prestacionales, es evidente que aquél asumiría una función típicamente legislativa, pues estaría ejercitando una potestad discrecional, de naturaleza política, que dentro de los ordenamientos constitucionales modernos corresponde ejercitar exclusivamente a los Parlamentos.

Legislar sobre derechos prestacionales implica valorar una serie de aspectos políticos, sociales y económicos que sólo los órganos políticos del Estado están en capacidad técnica de realizar, además de ser los únicos legitimados para ello dentro de un Estado democrático de Derecho.

Por tanto debe concluirse que las sentencias aditivas no son jurídicamente posibles en el ámbito de los derechos prestacionales, porque ello implicaría convertir a los tribunales constitucionales en legisladores a secas, competencia atribuida por los ordenamientos jurídicos modernos, de manera exclusiva, a los Parlamentos.

IV. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES EN LA CONVENCIÓN AMERICANA Y EN EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

1. La regulación en la Convención Americana

El artículo 26 de la Convención establece que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Entre los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentran, el derecho al trabajo, incluido el derecho a las condiciones de trabajo justas y favorables; los derechos sindicales; el derecho a la seguridad social; el derecho a una alimentación, vestuario y vivienda idóneos; el derecho a un nivel de vida adecuado; el derecho a la salud; el derecho a la educación y los derechos relativos a la cultura y la ciencia.

Algunos de ellos están debidamente reglamentados en las diferentes legislaciones internas, tales como el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación y el derecho a la salud.

Los demás, por ser de contenido ambiguo, no han encontrado desarrollo legislativo adecuado, además de que su satisfacción requiere la inversión de ingentes recursos económicos por parte de los respectivos Estados.

Desde el punto de vista de su protección en el sistema interamericano, la CIDH, al emitir la opinión consultiva número OC-13 del 16 de julio de 1993, estableció claramente que la Comisión Interamericana tenía competencia para conocer asuntos relacionados con la totalidad de los derechos consagrados en la Convención. En efecto, dijo la Corte que “...no encuentra razón

alguna para distinguir los derechos señalados (arts. 23 -derechos políticos-, 24 -igualdad ante la ley- y 25 -protección judicial-) de los derechos enumerados en la Convención. *Esta no establece una jerarquía de los derechos protegidos por ella*” (El subrayado no es del original).

La citada jurisprudencia de la CIDH encuentra pleno soporte en el artículo 1 de la Convención, al disponer que “1.- Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, a lo que se agrega lo dispuesto en el numeral 2 ibídem, según el cual “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

De la jurisprudencia y textos transcritos queda evidenciado que tanto la Comisión como la Corte tienen competencia para conocer y resolver asuntos en que estén involucrados derechos prestacionales. Los Estados, por su parte, en virtud de haber ratificado la Convención, están obligados a cumplir con sus decisiones y recomendaciones en dicha materia.

2. *La regulación en el Protocolo de San Salvador*

En el Protocolo de San Salvador que todavía no ha entrado en vigencia porque no ha recibido las ratificaciones señaladas en su artículo 21.3, se amplía el catálogo de tales derechos, al incluirse el derecho al medio ambiente sano, el derecho a la alimentación, el derecho a la constitución y a la protección de la familia, el derecho de la niñez, la protección de los ancianos y la protección de los minusválidos.

También se establecen medios específicos de protección. Verbigracia, la presentación de los Estados partes de informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo.

Los organismos especializados del sistema interamericano pueden presentar al Consejo Interamericano Económico y social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del Protocolo, en el respectivo campo de sus actividades.

Los informes anuales que presenten a la Asamblea General de la OEA los citados organismos especializados deben contener un resumen de la información recibida de los Estados partes acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto estimen pertinentes.

La Comisión Interamericana puede formular las observaciones y recomendaciones pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que puede incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado.

Como se deduce nítidamente de su lectura, se trata de medidas de carácter político antes que jurídico, pues no contienen obligaciones específicas para los Estados destinatarios. Se trata más bien de recomendaciones antes que de órdenes de contenido jurídico concreto.

V. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH EN MATERIA DE DERECHOS PRESTACIONALES

El acatamiento de las sentencias de la CIDH en materia de derechos prestacionales plantea un problema jurídico complejo. Veamos su posible solución.

Conforme a la doctrina que dimana nítidamente del artículo 1.1. de la Convención “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la misma Convención” (*CIDH, sentencia 29 /7/88*).

De esa forma queda claro que la posibilidad más concreta de exigirle responsabilidad a un Estado que ha violado un derecho prestacional sería la de llevar el incumplimiento a los estrados judiciales internos y, en caso de denegación de la pretensión del o de los recurrentes, acudir luego a los mecanismos que establece la Convención en sus artículos 44 y siguientes, de manera que el asunto pueda ser decidido en definitiva por la Corte, conforme a lo estipulado en el numeral 61 *ibídem*.

En caso de que la Corte acogiere la pretensión de los afectados, el Estado parte tendría necesariamente que cumplir la decisión de aquella, conforme lo establece el artículo 68 de la Convención.

Aquí surge precisamente el problema: ¿estaría un Estado condenado por la Corte dispuesto a reconocer un derecho prestacional si no cuenta con medios económicos suficientes para ello?

Por una parte, los Estados partes, en el ejercicio de sus potestades soberanas, gozan de discrecionalidad política para definir sus prioridades de gastos, distribución de ingresos y, en general, la forma en que emplea los recursos económicos a su disposición.

Por otra parte, conforme a la doctrina del artículo 26 de la Convención, los Estados están obligados a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación inter-

nacional, para *lograr la progresiva* plena efectividad a los derechos económicos, sociales y sobre la educación, ciencia y cultura (entre los que están lógicamente incluidos los prestaciones) *en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*

Dicha norma pareciera contraponerse con el precitado artículo 68 del mismo cuerpo normativo, que obliga al Estado condenado por la Corte a cumplir sus decisiones.

Para resolver parcialmente el citado problema de la eficacia de las sentencias de la CIHD en materia de derechos prestaciones, creemos que la citada Corte debería adoptar la técnica de las sentencias apelativas antes analizada. Dentro de este orden de ideas, en el evento de que el Estado incumpliera el mandato de la CIDH dentro de un plazo razonable, ésta dictaría una segunda sentencia que fijaría una indemnización compensatoria en favor de los afectados.

De esa forma se daría oportunidad al Estado condenado, sin lesionar su soberanía y sin violentar lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención, de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que satisfagan el interés sustancial del derecho prestacional reconocido dentro de un plazo razonable. Si aquél, por incuria o imposibilidad material de hacerlo no cumpliera el mandato de la CIDH, en tal hipótesis los afectados tendrían derecho a una compensación indemnizatoria, con lo cual se tutelaría su derecho, aunque de manera parcial, por parte de la jurisdicción interamericana de derechos humanos.

VI. CONCLUSIÓN

El problema analizado no puede encontrar una respuesta completamente satisfactoria, pues la naturaleza jurídica de los derechos prestaciones hace imposible una solución conforme a los cánones tradicionales del Derecho.

Sin embargo, creemos que utilizando instrumentos estrictamente jurídicos -como el de las sentencias apelativas- es posible, al menos, solucionar parcialmente el problema en cuestión, siempre que se combine esa técnica procesal con las potestades de la CIDH para establecer indemnizaciones compensatorias en favor de los recurrentes amparados.

En todo caso, la presente propuesta es una posible solución al problema y estoy seguro que existen otras más satisfactorias, lo cual constituye un reto importante para que los juristas americanos profundicen más este interesante tema.

DIEZ POSTULADOS SOBRE LA IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER

Javier Hervada^(*)

1. INTRODUCCIÓN

Fue un hombre curtido en la lucha por unos ideales, que en su tiempo parecieron a la mejor intelectualidad griega y romana una locura -de loco le trató el procurador Festo¹ y la por tantas razones admirable figura de Marco Aurelio no ocultó su desdén por esos ideales²-, quien lanzó un grito, cuyos ecos resuenan todavía en nuestros días: “no hay varón ni mujer”.³ Nunca se ha hablado en términos plásticos de la igualdad entre varón y mujer, como lo hiciera Pablo de Tarso. En cuanto personas humanas, llamadas a unos fines trascendentes, “no hay varón ni mujer” como no hay griego o judío, siervo o libre; por encima de las condiciones sociales o *status* en los que se organizaba la sociedad de su tiempo -viene a decir Pablo-, todo hombre -varón o mujer- tiene una condición común a todos los hombres, hay un plano de igualdad determinado por ser persona humana. Pablo de Tarso no era un político ni un filósofo, ni se sintió llamado a revolucionar las estructuras sociales de su tiempo; su misión consistió en predicar una doctrina, que pasaría a ser la base fundamental de nuestra civilización. Sin la doctrina que pudo hacer exclamar a uno de sus más preclaros heraldos “no hay varón ni mujer”, la igualdad entre ambos muy probablemente no se habría planteado, como no se ha planteado en los ámbitos culturales distintos a nuestra civilización, si no es por influencia de ella.

Con todo hay que reconocer que todavía el grito paulino no ha encontrado el eco que debiera, o porque algunos oídos no acaban de oír o porque ese eco es distorsionado por ciertos grupos hasta los límites del absurdo.⁴ Por mucho que se haya escrito sobre el tema no se ha es-

(*) Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado y Profesor Ordinario de Derecho Canónico, Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra.

1 Act 26, 24.

2 *Meditaciones*, XI, 3.

3 Gal 3, 38.

4 Sobre este extremo puede verse A. M. NAVARRO, *Feminismo, familia, mujer* (Pamplona 1982).

crito bastante, porque todavía quedan cosas por decir y hacer y porque se trata de un asunto muy importante. Sin ponernos graves -no vaya a ocurrirnos lo que dice Chesterton del diablo, que “fell by force of gravity”⁵-, es preciso admitir que la igualdad entre varón y mujer pone en juego valores e ideas fundamentales de la sociedad. Y entre ellos pone en juego la justicia.

Una sociedad justa -se dice- postula que se dé a cada cual lo suyo, que se reconozcan por igual a todos los hombres aquellas cosas -aquellos derechos- que tienen por naturaleza o por cualquier medio legítimo. Y con toda razón, pues a pesar de los múltiples intentos modernos de encontrar otras definiciones de la justicia, ninguna ha conseguido superar -en la conciencia de los hombres- la vieja y siempre actual definición del jurista romano: “dar a cada uno su derecho, a cada uno lo suyo”.⁶ Una sociedad justa -por lo que atañe al argumento que nos interesa- es aquella que da por igual a varón y mujer lo que a cada uno de ellos corresponde.

Vamos a tratar, pues, de una cuestión de justicia. Pero si tenemos en cuenta la distinción aristotélica entre lo justo natural y lo justo positivo,⁷ es claro que la cuestión a estudiar no se plantea en el ámbito de lo justo positivo -pues no son nuestro objeto los posibles incumplimientos del derecho positivo por jueces y ciudadanos-, sino en el ámbito de lo justo natural, en el campo de aquellos derechos que, siendo connaturales a la mujer, la ley positiva puede no reconocerlos o bien no los reconoce suficientemente. Aunque nadie ignora que en este tema inciden fuertes corrientes ideológicas, nuestro propósito es ceñirnos al terreno jurídico, al de lo justo natural, que es tanto como decir al campo propio de los derechos fundamentales de la persona humana. Estos derechos -derechos humanos-, como se lee en algunos documentos internacionales, son esenciales al hombre y están “fundados en los atributos de la persona humana”,⁸ son esos *inherent rights* de que hablaron las declaraciones del ámbito anglosajón⁹ o -por usar las palabras iniciales de la Declaración Universal de Derechos Humanos- se trata de aquella justicia que proviene del “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

2. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

En cuestiones como la que nos ocupa, es frecuente que un uso indiscriminado de los términos acabe por crear confusiones que transforman el diálogo en una torre de Babel. Parece, pues, oportuno comenzar por analizar las dos palabras claves en este tema: igualdad y discriminación.

5 Cit. por C. S. LEWIS, *Cartas del diablo a su sobrino*, ed. castellana (Madrid 1977), pág. 14.

6 “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”, D. 1, 1, 10. Los principales ataques a esta definición provienen de Kant y Kelsen; sobre su crítica, vide J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona 1981), págs. 30 y 32 s. [Más ampliamente, en *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (Pamplona 1992), págs. 127 ss.].

7 *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1134 b.

8 *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, preámb.

9 *The Virginia Declaration of Rights*, sect. 1.

a) Comencemos por la segunda. Hace un momento hemos hablado de un uso indiscriminado de términos, lo que quiere decir usar de varios significados de una misma palabra sin *distinguir* esos varios sentidos, confundiéndolos; en efecto, discriminar no tiene otro significado que “distinguir, diferenciar una cosa de otra”.¹⁰ En principio, pues, la discriminación, o acto de distinguir y diferenciar una cosa de otra -en nuestro caso, el varón de la mujer-, no encierra ningún juicio de valor. Por el contrario, discriminar el varón respecto de la mujer es cabalmente lo que exige el más elemental sentido de la realidad. Por ejemplo, quien desea casarse y tener hijos necesita obviamente *discriminar*, distinguir y diferenciar un varón de una mujer.

Pero si en principio discriminar significa simplemente distinguir en la realidad de las cosas lo distinto y diferenciar lo diferente, hay un uso de esta palabra y sus derivados que encierra un juicio de valor. Si se distingue y diferencia a un estudiante por su especial buen rendimiento escolar -v. gr. concediéndole la matrícula gratuita llamada matrícula de honor- esta discriminación, distinción o diferenciación supone un juicio de valor; y estos juicios de valor pueden afectar a la justicia. De este modo aparecen la discriminación justa y la discriminación injusta.¹¹

La discriminación justa será aquella distinción o diferenciación en los derechos y deberes que obedezca a razones de justicia: v. gr. estará legitimado para el ejercicio de la medicina quien haya realizado los estudios y superado las pruebas legalmente establecidas y no lo estará quien no se encuentre en esas circunstancias; esta diferenciación de trato es justa, porque existe una diferencia real de saber y de aptitud en una materia en la que esta diferencia atañe al interés colectivo de la salud de los ciudadanos. Con el ejemplo se pone de manifiesto que la diferenciación o distinción de trato -la discriminación- es justa, cuando tiene como causa una diferencia real que afecta al fundamento y a la razón del derecho o del deber, respecto del cual se establece dicha distinción de trato.

Según esto, ¿qué es la discriminación injusta? La discriminación injusta consiste en aquella diferencia de trato dado a diversos sujetos que tiene por causa algún motivo que no es una diferencia real que afecte al fundamento y a la razón del derecho o del deber respecto del cual se establece la distinción de trato.¹² Por ejemplo, como sea que el título sobre el salario es el tra-

10 Cfr. J. CASARES, *Diccionario ideológico de la lengua española*, 2ª ed. (Barcelona 1979).

11 Con sólo consultar el diccionario se advierte que es un bizantinismo la cuestión que algunos plantean: sería una redundancia hablar de discriminación injusta porque toda discriminación es injusta. No advierten que con la palabra discriminación está ocurriendo lo mismo que con el antiguo término “acepción de personas”, que es sinónimo de discriminación aplicada a las personas. Hay una discriminación o distinción justa y hay una discriminación injusta, como hay una acepción de personas justa y otra injusta. Sucede, sin embargo, que en el lenguaje usual y en el de los documentos internacionales, la palabra discriminación ha adquirido un sentido peyorativo -como lo adquirió la acepción de personas- equivalente a discriminación injusta. Pero se trata de un sentido peyorativo, no del sentido normal y propio de discriminar y discriminación.

12 Domingo de Soto definía la injusta acepción de personas (discriminación injusta) con estas palabras: “Est enim iniustitiae crimen quo in distributione non causae ad rem pertinentes, sed personae aliarumque eius qualitatum habetur ratio”. *De Iustitiae et Iure*, lib. III, q. VI, a. 1. La acepción de personas

bajo realizado, habrá discriminación injusta si -por el mismo trabajo- se da mayor salario a los nacionales que a los extranjeros o a los blancos que a los negros, pues ni la nacionalidad ni el color de la piel afectan a la relación trabajo-salario como fundamento del derecho a la justa remuneración. Si en un concurso de méritos para obtener un puesto de funcionario del Estado, se elige a uno de los candidatos, no por mejor mérito, sino por razón de parentesco, hay discriminación injusta (aceptación injusta de personas) respecto de los no elegidos con mayor mérito. En los ejemplos puestos, la distinción operada lesiona la justicia: la discriminación es injusta.

Supuesto que hay una discriminación justa y una discriminación injusta, no podemos olvidar que en el lenguaje la regla suprema es el uso; y el uso ha originado un sentido peyorativo de la palabra discriminación, como equivalente a discriminación injusta. Este uso se ha hecho común en los documentos internacionales de derechos humanos, en los cuales se habla simplemente de discriminación como discriminación injusta y, en consecuencia, se establece el principio de “no discriminación” como un principio fundamental de justicia. También ese común uso peyorativo del término discriminación se ha introducido en el lenguaje coloquial, aunque sigue usándose la más exacta expresión discriminación injusta.

Puesto que en el lenguaje el uso es soberano, nada hay que decir del sentido peyorativo de discriminación, salvo que es necesario precaverse sobre los posibles riesgos de confusión a los que conduce. Si, efectivamente, discriminar es distinguir, el sentido peyorativo de discriminación puede llevar a entender que toda distinción -toda discriminación- es de suyo injusta, lo cual es a todas luces incorrecto. El peligro no tiene nada de hipotético, como lo muestran las frecuentes confusiones en que se cae al respecto. Y no sólo el vulgo, sino incluso quienes se supone que deben ser expertos en derecho. Conocida es la sentencia de un juez norteamericano declarando discriminatoria contra los blancos la reserva del 20 por ciento de las plazas de una Universidad a estudiantes de raza negra, siendo así que este trato de favor -esta discriminación- tenía una razón de justicia: asegurar la presencia de estudiantes negros en las Universidades, evitando su exclusión.

Del mismo modo, en los documentos internacionales sobre derechos humanos, si bien en general el uso de discriminación en sentido peyorativo no ofrece dificultades por tratarse de derechos universales, respecto de los cuales la distinción o discriminación es injusta, no faltan casos en los cuales ese uso lingüístico genera la necesidad de aclaraciones que serían innecesarias por obvias, si se distinguiese -como lo pide el sentido propio de la palabra- entre discriminación justa e injusta. Así, por ejemplo, el n. 1 del art. 1 de la *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* de 21-XII-1965 define esa discriminación como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos

-en sentido peyorativo- es aquel delito de injusticia que se comete en las distribuciones cuando se tiene en cuenta no el criterio adecuado a la materia distribuida, sino la persona u otras cualidades distintas a las pertinentes al caso.

y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. Está claro que con discriminación se refiere a la discriminación injusta. Por ello, el n. 4 tiene que aclarar que no se considerará discriminación -esto es, discriminación injusta-, “las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. No cabe duda de que tales medidas especiales suponen un trato distinto, favorable, pero justo, porque tienden a terminar con una situación injusta de inferioridad; esta distinción es una discriminación justa y si no se le llama discriminación es porque este término se está tomando en sentido peyorativo.

¿Es baladí esta cuestión terminológica? Es tan poco importante como toda cuestión terminológica. Pero se hace importante, cuando la confusión de términos coadyuva a extender una confusión de ideas. En nuestro caso la confusión de ideas está en entender que toda distinción -discriminación-, por el mero hecho de distinguir y diferenciar, es injusta; y esto es falso.

Y es falso porque la justicia misma exige saber distinguir, discernir, discriminar. La justicia no consiste en tratar a todos con la misma medida. No es justo -por ejemplo- tratar igual al demente que ha causado un daño, que a quien lo ha causado gozando del pleno uso de razón, porque la responsabilidad es distinta. La vida social está tan llena de variedad de situaciones, que cualquier jurista tiene experiencia más que suficiente de lo que acabo de decir. Por eso la justicia no se ha definido como dar a todos lo mismo, sino como dar a cada uno -a cada hombre, considerado en la singularidad de su persona y de sus circunstancias- lo suyo, su derecho, que no es necesariamente el mismo en todos.

Sin embargo, no es menos cierto, o mejor todavía, es tan cierto que la justicia consiste en tratar a todos con igualdad. Desde los tiempos más remotos, lo justo es lo igual (*ison*) y el derecho pide la igualdad de todos los hombres. ¿Qué ocurre entonces? ¿Es la justicia utopía entre dos realidades contradictorias: distinción e igualdad? ¿O es que lo distinto puede ser igual?

b) Las preguntas que acabamos de hacer nos ponen de manifiesto que, si importante es saber con precisión qué significa la palabra discriminación, no menos importante es fijar el sentido del término igualdad.

La igualdad es nombre de una relación, no de una naturaleza o de una cualidad. Se es igual en relación a una cosa. Por consiguiente se trata de saber en qué consiste esa relación; es claro que la igualdad es una relación de comparación, pero ¿cuándo decimos que dos cosas son iguales? Pues bien, dos cosas son iguales cuando, en relación al punto de comparación, se ajustan o conforman; v. gr. si el punto de comparación es el peso, dos cosas son iguales si pesan lo mismo, aunque la naturaleza, las cualidades y las otras magnitudes que no son el peso sean diferentes.

Tratándose de una relación de comparación, fácilmente se advierte que existen dos formas o tipos de relación de igualdad, que desde siempre se han admitido. Una de ellas es la con-

formación completa de una cosa con otra; por ejemplo, dos triángulos serán iguales si sus lados tienen la misma longitud, son iguales los objetos fabricados en serie, etc. La otra igualdad es la proporción; en este caso el punto de comparación entre dos cosas consiste en el estar cada cosa en conveniente relación respecto de la otra; por ejemplo, para que una maqueta sea proporcionada al edificio -o sea, igual, pero en pequeño- es necesario que las magnitudes de cada una de sus partes estén en la misma relación respecto del todo que en el edificio reproducido (reproducción a escala). Las magnitudes de la maqueta y las del edificio son distintas, pero se ajustan o conforman -se igualen- en cuanto a la respectiva relación parte-todo; por eso, la proporción es una forma de igualdad. En este caso la igualdad se encuentra en que las cosas comparadas -en el ejemplo puesto cada una de las magnitudes de la maqueta y del edificio- están en la conveniente relación.

La fórmula del primer tipo de igualdad es: A es igual a B, comparándose A con B; fórmula de la igualdad proporcional es: A es a B lo que C es D, comparándose, a la vez, A con C y B con D.

En la justicia y el derecho encontramos los dos tipos de igualdad. Unas veces se reconocen o se otorgan derechos iguales -los mismos derechos-; o bien son iguales en naturaleza, cantidad, cualidad o valor las cosas que se reparten o intercambian, hablándose entonces de repartos o intercambios justos. Pero otras veces, como hemos visto en el Convenio Internacional sobre la discriminación racial, el trato que se da a las personas puede ser distinto y, sin embargo, será justo si es igual con igualdad de proporción. Por ejemplo, si dos ciudadanos están enfermos, uno con un ligero resfriado y otro con una grave insuficiencia renal, se les tratará igual si al primero se le proporcionan tabletas de ácido acetilsalicílico o producto similar y al segundo se le hace un trasplante de riñón. La igualdad reside en la proporción, pues el ácido acetilsalicílico es al resfriado lo que el trasplante de riñón es a la insuficiencia renal; en ambos casos, la medicina adecuada. Respecto del punto de comparación que es la salud, el ácido acetilsalicílico y el trasplante están en la conveniente relación.

Así puede verse cuándo lo justo es la diferencia de trato -la discriminación justa- y no la identidad de trato: cuando la realidad social no es la misma y obedece a diferencias reales, que exigen distinto trato.

3. EL PUNTO DE COMPARACIÓN

Puesto que la igualdad consiste en una relación de comparación, el tema de la igualdad entre varón y mujer debe comenzar por establecer el punto de comparación: ¿respecto de qué queremos decir que la mujer y el varón son iguales o desiguales? La respuesta no será la misma según sea el punto de comparación: en unos casos la respuesta será la igualdad, en otros (v. gr. la función reproductora) será la complementariedad, o sea, la diferencia.

El tema planteado en estas páginas es, obviamente, la *igualdad jurídica*, la igualdad en relación al derecho. Es preciso, pues, que quede claro que aquí varón y mujer han de ser con-

templados, no en sus semejanzas o diferencias biológicas, psicológicas o temperamentales, sino según su condición jurídica. Nadie niega que existan entre el varón y la mujer semejanzas y diferencias en los planos físico, psíquico y temperamental; pero recurrir sin más a esas diferencias representaría una trasposición o mezcla de perspectivas de conocimiento. Esas semejanzas o diferencias sólo interesan si, en virtud de ellas, el varón y la mujer son sujeto de derecho (persona en sentido jurídico) con la misma intensidad (igualdad en derecho) o son titulares de los mismos derechos (igualdad de derechos).

4. LA IGUALDAD EN DERECHO

Acabamos de aludir a que la igualdad jurídica entre varón y mujer se descompone en dos cuestiones que deben separarse: la igualdad *en* derecho y la igualdad *de* derechos. Fijémonos primeramente en la igualdad en derecho (o ante el derecho, según otra posible formulación).

¿Son varón y mujer igualmente, con la misma intensidad, sujetos de derecho, o sea, personas en sentido jurídico? No nos extrañaría que esta pregunta sorprendiese, porque parece algo indiscutido e indiscutible que varón y mujer han sido y son igualmente, con la misma intensidad, considerados personas en sentido jurídico. Lo parece, en efecto, pero tras ciertas desigualdades entre uno y otra está latiendo esta cuestión. Por ejemplo, si en una sociedad la mujer es discriminada respecto de los asuntos políticos de los que queda jurídicamente apartada, no puede decirse que sea ciudadana con el mismo rango e intensidad que el varón; sin duda, si no tenemos una visión estática sino operativa del *status civitatis*, la mujer, en tal caso, no es ciudadana en la plenitud operativa de esa condición. Esto no afecta simplemente al número de derechos de que goza, sino a su misma condición de sujeto de derecho. La subjetividad jurídica de la mujer -su condición de sujeto de derecho- aparece vacía de derechos políticos por lo cual en rigor hay que decir que su misma condición de persona en sentido jurídico aparece disminuida. A nuestro juicio, en la raíz de no pocas injustas discriminaciones que ha padecido la mujer está la reducción de grado -no de naturaleza- de la personalidad jurídica.

Esta reducción de grado está implícita en la confusión operada a lo largo de la historia entre personalidad y *status*. Cuestión ésta que no podemos desarrollar aquí. Bastará, a nuestro juicio, recordar que desde Roma hasta nuestro tiempo, se ha hecho -y se sigue haciendo- una fisura, un corte, entre persona en sentido ontológico o filosófico y persona en sentido jurídico. Todavía en la década de los años setenta el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dio una conocida sentencia sobre el aborto en base a una clara y tajante separación entre el concepto filosófico y el concepto jurídico de persona. Esta separación entre *homo* y *persona* (en sentido jurídico) es la que ha servido de base para negar elementales derechos a grupos o clases de hombres -de personas humanas- o para reconocer *grados* de personalidad. Se ha entendido por persona (en sentido jurídico) *el hombre en su estado* y pues los distintos *status* han configurado frecuentemente el mayor o menor disfrute de los derechos o el grado de capacidad, por mucho que la dogmática jurídica haya modernamente distinguido entre personalidad y capacidad o entre la personalidad y su contenido, el hecho cierto es que el enlace que en la misma defini-

ción de persona se establecía entre ser persona y estar en un *status*, nos habla paladinamente de que explícita o implícitamente la teoría de los *status*, al comportar esferas más o menos amplias de posibilidad de ser titular de derechos, comportaba grados diversos de personalidad.

En los últimos tiempos ha habido un movimiento tendente a soldar la cisura entre uno y otro concepto. Todo hombre, se dice, es persona;¹³ sin embargo, y con excepciones, el acercamiento se ha producido más en el orden cuantitativo (todo hombre es persona) , que en el orden cualitativo (se es persona por ser hombre).

A nuestro parecer hay que ir al fondo de la cuestión; es preciso soldar la fisura entre el concepto jurídico y el concepto filosófico de persona. El concepto de persona no es más que la versión jurídica del concepto ontológico de persona. O dicho de otra manera, la persona humana, por el solo hecho de serlo, es sujeto de derecho, es persona en sentido jurídico. Ser sujeto de derecho es rasgo inherente a la personalidad humana, porque todo hombre tiene unos derechos connaturales que le son propios; y más radicalmente, porque la subjetividad jurídica no es más que la expresión, en el ámbito del derecho, de que la persona es dueña de sí.¹⁴

Desde este punto de vista, la personalidad jurídica -ser persona o sujeto de derecho- no admite grados, pues no hay grados de personalidad ontológica. Así como no se es más o menos persona ontológicamente hablando, ni tampoco existe gradualidad en el hecho de ser persona, no puede haber gradualidad en la personalidad jurídica.

Con esto llegamos a una primera conclusión. Varón y mujer son, en el plano ontológico, personas humanas en la más plena y absoluta igualdad. En consecuencia, podemos afirmar un primer postulado: *la personalidad jurídica es absolutamente igual en el varón y en la mujer*. Esto nos lleva a establecer un segundo postulado: *todo título jurídico vale exactamente igual en el varón y la mujer*. O, de modo parecido, (tercer postulado) *todo derecho tiene la misma exigibilidad o carácter de debido y la misma extensión en el varón y en la mujer*. Resulta, pues, ser discriminación injusta cuando un título de derecho no vale lo mismo si el titular es varón o mujer; v. gr. si el título de propiedad otorga la administración de los bienes propios, es discriminatorio que la mujer necesite una autorización para administrar que no necesita el varón en las mismas circunstancias. Puede ponerse otro ejemplo: si un título universitario -que es un título de derecho- otorga más posibilidades profesionales al varón que a la mujer, estamos en presencia de una discriminación. Como es discriminatorio que el adulterio -que lesiona el derecho del otro cónyuge- se considere, en cuanto tal, delito más grave -en consecuencia, más injurioso o injusto- si quien lo comete es la mujer que si lo comete el varón.

Desde este punto de vista, hemos de afirmar la absoluta igualdad *en derecho* del varón y de la mujer.

13 Cfr. al respecto J. A. DORAL, *Concepto filosófico y concepto jurídico de persona*, en "Persona y Derecho", II (1975), págs. 113 ss.

14 Hemos desarrollado estas ideas en J. HERVADA, *Introducción crítica...*, cit., págs. 115 ss.

5. LA IGUALDAD DE DERECHOS

Cuestión distinta es la igualdad *de* derechos. Esta igualdad no es la misma que la anterior ni puede confundirse con ella. Por igualdad de derechos entendemos la igualdad en el número de los derechos de los cuales se es titular.

Bien sabido es que apenas encontramos dos personas que sean exactamente iguales con igualdad de derechos. Un soltero o un casado -por ejemplo- no tienen los mismos derechos, desde el momento en que el casado, por matrimonio, tiene derechos conyugales, de los que carece el soltero. Un abogado tiene unos derechos profesionales distintos de un arquitecto, etc. Se trata, pues, de ver si el varón, por ser varón, y la mujer, por ser mujer, tienen algunos derechos específicos, sin que esta diferencia o distinción sea una discriminación injusta.

Planteado así el problema y, en relación con lo visto en el apartado anterior, podemos establecer un cuarto postulado: *en todo aquello no diferenciado por el sexo, varón y mujer tienen una potencial igualdad de derechos*. Es decir, sólo en el supuesto de que el varón y la mujer tengan derechos cuyo fundamento sea el sexo, cabe una desigualdad -diferencia- potencial de derechos. Y decimos potencial, porque, como hemos visto hace un momento, no se trata de que todos los hombres tengan exactamente el mismo número de derechos -algunos son incompatibles entre sí- sino de que sea igual la potencialidad para ser titular de ellos. La razón es clara: la diferente potencialidad significaría diferencia de grado en la personalidad.

Llegados a este punto, parece conveniente dejar clara la relación entre el sexo y el ser de la persona humana. Es evidente que siendo el varón y mujer igualmente personas humanas -individuos de la especie humana- el sexo no impone diferenciación en el núcleo fundamental de lo que, en términos aristotélicos, es la *physis* o naturaleza humana, esto es, la esencia como principio de operación. El sexo no es otra cosa, como he dicho en otro lugar, que una forma accidental de individuación completa de la naturaleza humana.¹⁵ En ese lugar, he expuesto el sentido de la diferenciación sexual,¹⁶ que, puede sintetizarse en los dos puntos siguientes:

1º) La distinción de sexo no afecta a la esencia del hombre; representa un modo de ser de aspectos importantes del ser humano, pero no pasa de ser un *accidente* en términos aristotélicos.

2º) La distinción varón-mujer no da a cada sexo una participación exclusiva y excluyente en los aspectos de la naturaleza humana diferenciados, que faltarían totalmente en el otro sexo; es el *mismo aspecto* de la naturaleza humana el que adopta una *modalidad accidental distinta*. Esto es cierto incluso en el plano físico y orgánico, en el cual la distinción obedece al diverso desarrollo de un principio orgánico que, en su raíz (en el embrión humano), es único. Los caracteres sexuales distintos son el mismo principio desarrollado según un modo diferente.

¹⁵ *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, en "Persona y Derecho", I (1974), pág. 68. (Recogido en páginas anteriores de este volumen).

¹⁶ *Loc. cit.*, págs. 67 ss.

De acuerdo con este esquema, se puede sacar una serie de conclusiones.

a) Puesto que la naturaleza humana existe de modo único e igual en el varón y en la mujer, podemos establecer un quinto postulado: *de los derechos y deberes cuyo título y fundamento es la naturaleza humana son titulares, con absoluta igualdad, el varón y la mujer. Se trata aquí de los derechos humanos (y deberes) en sentido estricto, es decir, de los derechos connaturales al hombre, aquellos inherent rights o derivados de los atributos de la persona humana de los que hablan como propios de todo ser humano las declaraciones internacionales de derechos humanos. En la medida en que el título o el fundamento de un derecho o un deber sea la naturaleza humana, siendo ésta igual en el varón y en la mujer, el postulado resulta evidente.*

b) Dado que el sexo, como forma accidental de individuación completa de la naturaleza humana, supone que algunos aspectos del ser humano adoptan una modalidad accidental distinta, a la vez que se trata de una modalidad accidental del mismo principio natural, se llega a un sexto postulado: *los aspectos sexualmente diferenciados de la naturaleza humana tienen jurídicamente el mismo valor y dignidad en el varón y en la mujer.* Por ejemplo, tiene igual dignidad y valor ante el derecho la paternidad o la condición de esposo respecto del varón, que la maternidad o la condición de esposa en la mujer. Por consiguiente, si es cierto que un mismo derecho o deber puede adoptar formas accidentales distintas, no es menos cierto que, en este caso -séptimo postulado-, *los derechos y deberes modalizados por la diferenciación sexual tienen el mismo carácter de deuda y exigibilidad en el varón que en la mujer.* Así, por ejemplo, los derechos y deberes conyugales, aunque modalizados por el sexo (el marido los tiene como varón, la esposa como mujer) son los mismos y tienen idéntico valor; de ahí que, por ejemplo, el adulterio sea igualmente injusto e injurioso -ni más ni menos- respecto del varón que de la mujer, lo que indica que, siendo el bien jurídico lesionado el mismo, la pena con que se castigue debe ser la misma. Del mismo modo podríamos decir que el deber de educar a los hijos recae igualmente en el marido que en la esposa, etc.

c) Con esto llegamos a un octavo postulado. Fuera de los casos en los que el sexo es fundamento directo de la modalización de los derechos y deberes, lo cual sólo ocurre en el matrimonio, la modalidad sexual se refiere únicamente a matices del actuar y, por lo tanto, no debe afectar ni a la capacidad jurídica ni a la de obrar, sino, en todo caso, a los posibles requisitos para desempeñar funciones, unas veces favorablemente, otras desfavorablemente. Pero, en tales supuestos, hay que estar al caso particular de varón y mujer, pues el establecimiento de reglas generales puede ser discriminatorio. Decimos que puede serlo, pues cabe que existan razones equitativas o de moral, que hagan razonable, en un contexto determinado, el establecimiento de esas reglas generales de modo que no se ataque a la equidad ni a la moral. En consecuencia, *fuera del matrimonio los derechos y deberes no reciben modalidad por el sexo y por lo tanto si se establece el sexo como principio de diferenciación se cae en discriminación injusta.*

d) Y del octavo pasamos al noveno postulado: *sólo las circunstancias y no el sexo pueden ser fundamento legítimo de la diferenciación de derechos.* Decíamos antes que la igual-

dad de derechos entre los hombres se refiere a la potencialidad de su titularidad y disfrute, dado que los hombres, por las diversas circunstancias en que se encuentran, no pueden de hecho tener exactamente los mismos derechos. Pues bien, el sexo no es una circunstancia -fuera del matrimonio y de las funciones conexas con él, v. gr. la maternidad- que modalice los derechos, como ya hemos dicho; por lo tanto, a igualdad de circunstancias deben tener la misma extensión en el varón y en la mujer. Así, por ejemplo, es discriminación injusta que, en igualdad de circunstancias, el salario sea distinto en el varón y en la mujer por razón del sexo; en la correlación justa entre trabajo y salario, el sexo no es una circunstancia relevante. Lo mismo cabe decir de la jubilación, pensión por viudedad, complemento de sueldo por hijos, etc.

e) Por último, el décimo postulado: *en los derechos modalizados por el sexo, es injusta la igualdad de varón y mujer en el modo de los derechos*. Al ser distintos varón y mujer en cuanto a la forma accidental de individuación de la naturaleza humana, la modalización de los derechos por el sexo responde a un principio de justicia o ajustamiento de derecho natural (igualdad proporcional). Por lo tanto es injusto: 1º) No reconocer la modalidad e igualar en lo que a ella atañe al varón y a la mujer; así resulta evidentemente injusto, además de inmoral, el reconocimiento legal de las relaciones homosexuales o el pretendido “matrimonio” entre personas del mismo sexo. 2º) Pretender extender la modalidad de un sexo al otro; por ello es injusto igualar la mujer al varón en sus funciones diferenciadas naturalmente, como lo sería limitar o anular la capacidad de la mujer de ser madre en aras a una pretendida igualación con el varón, etc.

6. CONCLUSIÓN

La conclusión que se deduce de esta breve exposición que necesitaría de una mayor extensión para poder desarrollarla en toda su virtualidad, nos parece tan clara como sencilla: varón y mujer son jurídicamente iguales. Sólo falta que esta conclusión sea una plena realidad en la vida social.

EL PROCESO SUPRANACIONAL (EL DERECHO PROCESAL SUPRANACIONAL)

Juan Carlos Hitters^(*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN (Dimensión Supranacional del Proceso). A. LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA UNIÓN EUROPEA (DERECHO COMUNITARIO) 1. Influencia del Derecho Comunitario. 2. Características sintéticas del Derecho Comunitario. 3. Órganos Comunitarios. El Tribunal de Justicia. B. EL SISTEMA TRANSNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS 1. Modelo Europeo. 2. Diferencias entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 3. Sistema Interamericano. Comisión y Corte. II. EL DERECHO PROCESAL SUPRANACIONAL. A. GENERALIDADES. B. PARTICULARIDADES DEL DERECHO PROCESAL SUPRANACIONAL. 1. Generalidades. 2. Principios Procesales. 3. Concepto de Parte. III. REFORMA ARGENTINA. RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS PACTOS SOBRE DERECHOS HUMANOS. IV. EL PROCESO EN EL MERCOSUR. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. V. CONCLUSIONES. EL PORVENIR DEL DERECHO PROCESAL SUPRANACIONAL.

I. INTRODUCCIÓN (Dimensión Supranacional del proceso)

Poco antes de finalizar la 1ra. mitad de este siglo, se configuró en el mundo occidental una corriente destinada a garantizar los derechos fundamentales del ser humano, a través de la

^(*) JUAN CARLOS HITTERS: Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Profesor Titular (ordinario) de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Ex Experto -Alternativo- de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones de las Naciones Unidas (Período 1989-1993). Autor de varios libros, entre ellos "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (dos tomos), Ediar, Buenos Aires, 1993.

constitucionalización de dichas prerrogativas,¹ utilizando el trámite de cristalizar en las cartas magnas ciertas potestades y garantías que se vieron como imprescindibles, algunas de ellas referidas al debido proceso.

Tal corriente fue considerada por los autores, como la *dimensión constitucional del derecho y de la justicia*,² consistente en la afirmación e individualización de los requisitos mínimos de equidad (incluyendo las garantías judiciales para su defensa) que se incorporaron en los estatutos superlegales.

Inmediatamente se advirtió que esa protección no resultaba suficiente, pues era imprescindible la creación coetánea -sobre todo en Europa- de Cortes especializadas, para hacer acatar esos derechos; de ahí la aparición en el viejo mundo de los Tribunales Constitucionales, que con el tiempo llegaron a algunos países americanos.

Mas, con posterioridad se comprendió que todo ese desarrollo no colmaba las expectativas de la humanidad, pues resultaba posible que no pocos derechos del hombre, cambiaran de destino con el paso de las fronteras. Se pensó por ello en que tales garantías debían gozar de vigencia *a-espacial* (y obviamente también *a-temporal*), o por expresarlo de otro modo, erigirse en operativas en cualquier lugar o territorio donde se encontrara un beneficiario.³

Se pergeñó entonces lo que luego dio en llamarse la *dimensión supranacional del derecho y la justicia* con la evidente intención de que el respeto de las libertades humanas logre un nivel metanacional, a través de organismos, preceptos y procesos con vigencia supranacional (*lex universalis*).

Estas aspiraciones se concretaron, por un lado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y los pactos y convenios sucesivos; y por otro, -con un ángulo diverso, pero concomitante- con la aparición de la Comunidad Económica Europea, primero, transformada luego en la Unión Europea a través del Tratado de Maastricht.

En tal perspectiva, obsérvese que como consecuencia de dicha evolución, el clásico control de constitucionalidad realizado dentro de los países -por órganos centralizados (concentra-

1 En este sentido algunos autores piensan que ese movimiento generó una nueva rama jurídica llamada Derecho Procesal Constitucional, con una cierta autonomía, por lo menos pedagógica y científica, cuya paternidad ciertos doctrinantes se la atribuyen a Hans Kelsen y otros a Eduardo Couture. En esta disciplina su contenido apunta a temas de gran importancia, como: 1) el debido proceso legal; 2) las garantías de las partes; 3) las categorías de la jurisdicción. 4) las garantías judiciales, etc. (véase Hitters, Juan Carlos, *El Derecho Procesal Constitucional*. El Derecho, t. 121, p. 881; *idem*, Iribarne Héctor Pedro e Iribarne Rodolfo Antonio, *Acercas del Derecho Procesal Constitucional*, El Derecho, nro. 6958 del 30 de marzo de 1988. *Idem*, Hitters, Juan C., en Estudios de Derecho Constitucional Panameño, Compilados Jorge Fabrega, Panamá, 1987, p. 865.

2 CAPPELLETTI, Mauro, *Acceso a la Justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica*, traducido por Juan Carlos Hitters, Jurisprudencia Argentina, 1981, v. III, pp. 810-814.

3 Véase Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, EDIAR, T. I pág. 29.

do), o fragmentariamente por cualquiera de los jueces (difuso)- es a partir de entonces mucho más fascinante y abarcador ya que se lleva a cabo por cuerpos transnacionales ejemplo la Corte de Luxemburgo, (en el área de la Comunidad Económica Europea), o por los Tribunales de Estrasburgo, y la de Costa Rica en el sector de los derechos humanos, que conformaron lo que se ha llamado, *la justicia o el proceso supranacional*, con reglas adjetivas propias.

El pequeño *introito* que antecede tiene en miras poner de relieve la importancia que ha adquirido en los últimos años el derecho sin fronteras (transnacional), y la *doble influencia* que en nuestro ámbito continental tiene el Pacto de San José de Costa Rica; esto es, por un lado, por poner en marcha un control (a través de la Comisión y de la Corte Interamericana); y por otro -y ello es quizá lo más importante- por haber implantado un plexo normativo -por mediación de un tratado- que entra en el torrente jurígeno local, constituyendo un sistema operativo de jerarquía interamericana. Tal derecho supranacional también se observa con el nacimiento del Mercosur, pese a que este modelo no tiene todavía un tribunal propio como el de Luxemburgo para el sector europeo, como veremos.

A) *LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA UNIÓN EUROPEA. (DERECHO COMUNITARIO)*

1. *Influencia del Derecho Comunitario*

Particularizaremos ahora el enfoque en el derecho comunitario, muy suscintamente, al solo efecto de mostrar una de las manifestaciones de la *dimensión transnacional*, cuya otra cara es el derecho internacional de los derechos humanos.

Todo este desarrollo jurídico que como anillo de Saturno gira enderredor de los Tribunales de Justicia transnacionales, ha creado un paralelo lo que podríamos denominar un *nuevo derecho, tanto fondal como procesal*. En lo que a este último respecta -que constituye nuestro especial punto de mira-, repárese que tanto la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se rigen por estatutos con características propias, que reglan el trámite ritual desde la demanda hasta los recursos. Claro está, podrá decirse, que tales ordenamientos en nada difieren de sus similares nacionales; mas no será ocioso puntualizar que aún así el sistema que nos ocupa tiene ciertas particularidades que hacen que el Derecho Procesal que lo guía goce de algunos rasgos definidores.

De lo brevemente expresado se colige sin ambages, siempre con una aspiración pedagógica -y sin aislacionismos- que podemos hablar de un derecho comunitario, que a su vez se subdivide en el *derecho fondal o sustancial* (los tratados, las constituciones, y las leyes internas de cada país, a lo que debe agregarse la doctrina jurisprudencial del propio órgano), y en el *derecho procesal* (los estatutos, reglamentos, y en general las normas rituales que enmarcan dicho tipo de juicio).

Este derecho comunitario -embrionario en América- ha tenido tal evolución en el viejo continente a partir de la formación de las Comunidades Europeas, que en la mayoría de los paí-

ses que la componen se ha erigido como una asignatura propia de las carreras jurídicas; tan es así que con el ingreso de España a ese Acuerdo Regional, se han creado cátedras sobre Derecho Comunitario,⁴ que antes ya imperaban en Italia, y en otros países de ese continente.

2. Características sintéticas del Derecho Comunitario

Debemos reconocer que no resulta nada fácil trasladar los principios del derecho interno, al modelo supranacional, tan es ello así que ha sido bastante difícil el acoplamiento de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas; pues uno de los grandes problemas que tuvo que afrontar en sus comienzos, fue deslindar su propia competencia con la de los tribunales de cada país miembro.

Otra de las dificultades que se advirtieron al principio luego de que a los seis países originales, se adhirieran más; fue la de armonizar *prácticas procesales* tan diferentes como por ejemplo las de la formalista escuela jurídica continental, y el pragmatismo del modelo anglosajón.

La Corte comunitaria, pese a que tiene una amplísima competencia en campos realmente variados, ha conservado su simpleza y sencillez. Los preceptos procesales del *Estatuto* y del *Reglamento*, son sintéticos, por ello tal Tribunal goza de amplios poderes. En el proceso la *fase escrita* prevalece sobre la oral, no obstante que se actúa bajo los principios de inmediación y concentración, pautas éstas vigentes en la mayor parte de los Estados miembros.

3. Órganos comunitarios. El Tribunal de Justicia

Como es sabido los Tratados de *París* y *Roma* dotaron a las tres *Comunidades Europeas*⁵ de instituciones propias, estableciendo un orden jurídico nuevo que regula los poderes, derechos y obligaciones de los Estados signatarios y de sus habitantes.

Los organismos rectores son los siguientes: 1) el *Consejo*, compuesto por un representante por cada una de las naciones que lo forman nombrado por su respectivo Gobierno, variando su composición según la materia objeto de la reunión; es este un cuerpo de decisión fundamental tanto en el campo legislativo como en el ejecutivo; 2) la *Comisión*, integrada por diecisiete miembros designados de común acuerdo por los Estados participantes por un período de cuatro años y con competencia, de contralor, ejecutivas y de gestión; 3) la *Asamblea* (o *Parlamento Europeo*), formada por 518 diputados elegidos por un sufragio universal y directo por cada país signatario, y con atribuciones de control político y de participación en la elaboración de

⁴ DESANTES REAL, Manuel, *La competencia judicial de la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, año 1986, p. XXI. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, se ha gestado, una Licenciatura sobre esta especialidad, ideada por Augusto Mario Morello y que sin duda es anticipatoria en América.

⁵ RUDA, José María, *Instrumentos Internacionales*, TEA, 1976, pp. 517 y sigts.

los actos del Consejo y de la Comisión, y con intervención en la revisión de los Tratados y en la conclusión de algunos acuerdos internacionales; y por último, 4) *El Tribunal de Justicia*.⁶

A través del Tratado de Roma (del 25 de marzo de 1957), se unificaron las normas rectoras de las tres Comunidades, con respecto al Parlamento y al Tribunal o Corte de Justicia; y posteriormente el Convenio de Bruselas del 27 de setiembre de 1968, fijó las reglas de competencia judicial para el cuerpo jurisdiccional.

El Tribunal, que no debe confundirse con el de Estrasburgo, ha ido creando, una importante jurisprudencia, delineando de ese modo, su doctrina legal.

El principio de autonomía quedó perfectamente dibujado en el caso “*Van Gend en Loos*”, donde se expresó que el Derecho comunitario es un *nuevo orden jurídico*, en cuyo beneficio los Estados signatarios han limitado ciertas esferas de su soberanía. A su vez en el *leading case* “*Costa vs. E.N.E.L.*”, dejó sentada la doctrina de la *supremacía de las disposiciones normativas de la Comunidad*.

No obstante ello se deduce de los Tratados, que ese órgano no es el único encargado de inspeccionar el principio de legalidad comunitario (control concentrado), ya que los jueces nacionales también cumplen dicha misión al aplicar el derecho comunitario (control difuso). Así, a través del *recurso prejudicial*, los judicantes locales pueden pedirles directivas a la Corte transnacional.

Ésta garantiza el equilibrio entre las Instituciones Comunitarias y los Estados miembros; y también lleva a cabo una responsabilidad equiparadora (o equilibradora) entre los distintos “Poderes” de la organización.

B) *EL SISTEMA TRANSNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS*

1. *Modelo europeo*

La necesidad de una convención que protegiera las libertades del hombre, y de un tribunal⁷ que vigilara, fue remarcada en el mensaje final, adoptado por la Sesión Plenaria del Congreso de La Haya de 1948. En 1949 se firmó en Londres el Estatuto del Consejo de Europa, y el 4 de noviembre de 1950 se aprobó en Roma el Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁸

6 SILVA DE LAPUERTA, *El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Rosario, *ob. cit.*, pp. 9/13.

7 Ni la Carta de San Francisco, ni la Declaración Universal, ni siquiera los Pactos de la ONU de 1966, hubieran brindado una protección completa en esta materia sin la existencia de un cuerpo jurisdiccional específico (ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*. Civitas (España), 1975, p 1)

8 OTEIZA, Eduardo David, *La Protección procesal de los Derechos Humanos*, La Ley, Boletines del 5-12-89 al 6-12-89.

Este importante instrumento nace en el marco de una Europa preocupada por la democracia y las garantías, como respuesta a la triste experiencia que había significado la Segunda Guerra Mundial. Sus fuentes principales fueron, por un lado la Declaración Universal, y por otro, los trabajos preparatorios de los Pactos de las Naciones Unidas, (que luego se concretaron en 1966), y también las partes dogmáticas de las Constituciones que en aquella época comenzaron a adquirir nuevos bríos, poniendo énfasis en las garantías de la persona.⁹

Tal movimiento hacia la protección del ser humano, por medio de cuerpos jurisdiccionales especializados, se vio reflejado primero en las Cartas Magnas, fenómeno que Cappelletti denominó, “jurisdicción constitucional de la libertad”; y luego se trasladó al ámbito transnacional, movimiento que este autor bautizó como, *jurisdicción internacional de las libertades*.¹⁰

En el año 1950, se reunieron en Roma los delegados de 13 países y firmaron el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,¹¹ que entró en vigencia el 3 de setiembre de 1953, cuando en Estrasburgo (Francia) se depositó el décimo instrumento de ratificación, llevado por Luxemburgo.

Actualmente se han adherido más de una veintena de países, todos -por supuesto- integrantes del Consejo de Europa. Cabe señalar que el 18 de mayo de 1954 el Comité de Ministros eligió por primera vez a los miembros de la Comisión Europea de Derechos Humanos. A su vez los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fueron nombrados también en aquella ciudad, el 21 de enero de 1959.¹²

Importa destacar que el convenio, respetuoso de las autoridades domésticas, no impone “medios” sino que exige “resultados”. Es por ello que se habla de *obligaciones de resultado*.¹³

Una importante diferencia del instrumento analizado, con relación a la Declaración Universal del 10 de Diciembre de 1948, es que el modelo europeo que nos ocupa, no sólo enumera derechos, *sino que crea los órganos encargados de que éstos sean acatados*. Por ello, el Preámbulo del Consejo de Europa, decía que resultaba imprescindible imponer *un mecanismo efectivo de protección*. Ello no resultaba posible en el derecho internacional clásico, de ahí la importancia del derecho internacional de los derechos humanos.

9 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *Las Obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

10 CAPPELLETTI, Mauro, *Justicia Constitucional supranacional* en, Revista de la Facultad de Derecho de México, t. 28 núm.110, p. 362.

11 El 4 de noviembre de 1950.

12 EISSEN, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985.

13 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *Las Obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ob. cit. p. 73.

2. *Diferencias entre el Derecho comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*

El derecho comunitario y los pactos regionales sobre derechos humanos crean un ámbito de protección internacional, de tipo regional, con organismos judiciales y quasi judiciales propios, que en definitiva llevan a cabo una especie de control de constitucionalidad transnacional.

La primera diferencia entre ambos esquemas, es que, la Comunidad Económica (lo mismo que el Mercosur), como su nombre lo dice, fue pergeñada, con una evidente intención de cuidar este tipo de intereses, aunque, su campo de acción se fue extendiendo, y se ocupa actualmente, también de las prerrogativas del hombre.

La segunda pauta distintiva radica que en los tratados de la Comunidad no existe un catálogo sistemático de derechos y libertades.

Por último, digamos que la tercera variante, es que, como señala Cappelletti,¹⁴ los jueces domésticos de los países del Consejo de Europa no han desarrollado -a diferencia del esquema comunitario- doctrina alguna sobre aplicación directa o supremacía, y por ende cada Estado miembro, usa sus propias reglas con respecto a los efectos de los tratados en el ámbito interno.¹⁵

3. *Sistema Interamericano. Comisión y Corte*

Conviene tener presente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada vulgarmente “Pacto de San José de Costa Rica”, se erige como un tratado específico para la protección de los derechos del hombre. Se trata de un Convenio regional intergubernamental, concretado en el año 1969, con vigencia desde 1978, fecha en que lo ratificó el undécimo país signatario, de conformidad con las cláusulas pertinentes.

La mayoría de los Gobiernos de nuestro continente han ratificado el documento (hasta ahora 26), salvo los Estados Unidos, Canadá y alguna nación caribeña.

El Tratado de Marras, juntamente con la Carta de la O.E.A. y otras convenciones, forma el Sistema Interamericano de protección de los derechos fundamentales de la humanidad, determinando *los deberes de los Estados, y los derechos protegidos*. Tuvo como antecedente inmediato el esquema imperante en el viejo mundo, instaurado por el Convenio de Roma del año 1950, que ya citamos.

14 CAPPELLETTI, Mauro, *Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional*, en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, *ob. cit.*, pp. 638-641. Idem mismo autor, *Justicia Constitucional supranacional* en *Revista de la Fac. de Der. de México*, t. 28 núm. 110, pp. 359-365.

15 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *Las Obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *ob. cit.* pp. 52-3.

La Convención Americana no sólo crea obligaciones para los Estados, sino también -como no podía ser de otro modo- pone en vigencia dos organismos de extrema importancia para la salvaguarda de los derechos del hombre: *la Comisión*, con asiento en Washington, y *la Corte Interamericana*, que se halla situada en Centroamérica, en la ciudad de San José de Costa Rica; ello así siguiendo el viejo apotegma, que los derechos sólo tienen vigencia efectiva si son controlados por cuerpos especializados, sobre todo de tipo jurisdiccional, que supervisen su debida operatividad práctica.

La Comisión tiene vida desde el año 1959, lo que significa que es anterior al Pacto de San José, aunque luego éste la incorporó como órgano de la Convención.

Resulta conveniente aclarar que a través de ella “la persona humana” (o grupo de personas, o entidades gubernamentales debidamente autorizadas en el país) tiene posibilidad de acceder a los cuerpos internacionales, -es decir posee legitimación activa- siendo ésta una de las características de los modernos tratados tuitivos de los derechos humanos, que lo consideran como sujeto del derecho internacional (y no como objeto).

Reclamando ante la Comisión es posible que cualquier individuo que considere menospreciadas sus potestades, se presente ante ella, haciendo valer sus pretensiones. Se trata de una institución que no cumple estrictamente funciones jurisdiccionales, pero que actúa -entre otras tareas que ejecuta- como diafragma o antesala en el caso de que la denuncia tenga andamiento, girando los antecedentes a la Corte Interamericana, para que proceda. Si la Comisión estima que la petición del particular (o de las entidades gubernamentales debidamente reconocidas) es infundada la repele, quedando allí abortada la vía cuando el denunciante no es un Estado.

El trámite ante este organismo, esta reglado por la Convención de marras y por el Estatuto y el Reglamento de la Comisión, que ordenan un verdadero proceso transnacional con similares características a las de un pleito judicial.

La Corte es el Tribunal del sistema interamericano, y ante ella sólo pueden ser demandados los Estados que han ratificado el Pacto de San José; ya que para esto se necesita una adhesión especial con independencia del plegamiento a la Convención. Como es sabido nuestro país ha cumplido con todos esos pasos, por lo que se encuentra sujeto a las decisiones de aquélla, donde tramitan actualmente algunas causas en su contra.

Dicha entidad que hasta el presente ha dictado 14 pronunciamientos de tipo Consultivo,¹⁶ (además de algunas resoluciones sobre excepciones preliminares), y más de una veintena de sentencias de la llamada jurisdicción contradictoria, siendo su primer fallo de naturaleza judicial propiamente dicha, el pronunciado con fecha 29 de julio de 1988, en el caso *Velásquez Rodríguez*,¹⁷ condenando al Gobierno de Honduras por violación de los Derechos Humanos.

16 Véase, Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, T.II, p. 439.

17 HITTERS, Juan Carlos, “La Corte Interamericana y la Condena al Gobierno de Honduras”, publi-

Ese ha sido el *leading case* de singular relevancia, y sin ninguna hesitación, ejemplificador que a no dudarlo constituye un afianzamiento del sistema interamericano de protección de las garantías fundamentales del hombre.¹⁸ Uno de los últimos asuntos trascendentes es el caso *Loayza Tamayo*, del 17 de setiembre de 1997, donde la Corte ordenó al gobierno del Perú, poner en libertad a una detenida y a pagarle una indemnización compensatoria.

II. EL DERECHO PROCESAL TRANSNACIONAL

A) GENERALIDADES

El trámite ante un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, implica el ejercicio del *derecho de acción*¹⁹, con similares características -aunque, con ciertas diferencias- al que se lleva a cabo ante los tribunales domésticos; y el conjunto de normas que lo reglamenta, que hemos llamado *derecho procesal supranacional*²⁰ -nacido con la finalización de la Segunda Guerra Mundial- tiene por ende grandes parecidos con el local, no obstante algunos rasgos diversos, que luego estudiaremos.

El derecho de acción (o de accionar) es considerado como un derecho autónomo de carácter constitucional conforme a la postura de los grandes procesalistas modernos, como Carnelutti, Alcalá Zamora y Castillo, Couture, Fix-Zamudio, etc. Empero, en los últimos tiempos, y debido a la influencia social en el campo jurídico²¹ ha sufrido una gran transformación, ya que dejó de apoyarse en una base individualista, constituyéndose en una potestad de los gobernados. Por ello -como bien dice Fix-Zamudio-²² la acción procesal es un derecho humano a la justicia, de ahí que varias Cartas supremas modernas,²³ la consideren como un derecho autónomo y por consecuencia, independiente al clásico de petición. Esta conclusión se advierte con nitidez en los actuales documentos internacionales, como por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tipifica un proceso supranacional, lo mismo que su predecesora europea, de características similares al trámite que se incoa en la Comunidad Económica y que se canaliza ante la Corte de Luxemburgo.²⁴

cado en *Lecturas Constitucionales*, Comisión Andina de Juristas, Perú 1988, p. 239. *Idem*: Revista Uruguaya de Derecho Procesal, núm. 3, 1988, p. 159.

18 HITTERS, Juan Carlos, "Algo más sobre el Proceso Transnacional", *El Derecho*, t. 162, p. 1020.

19 Que en verdad puede considerarse como la continuación de la pretensión promovida en el derecho interno, y continuada ante la Comisión, aunque en el ámbito supranacional sólo se analiza si el derecho interno ha violado o no los pactos sobre derechos humanos.

20 Véase, GOZAÍNI, Osvaldo, *El proceso transnacional, particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1992.

21 El jurista italiano, Mauro Cappelletti, habla de la dimensión social del derecho y de la justicia (véase, "Acceso a la Justicia", *ob. cit.* p. 23).

22 FIX-ZAMUDIO, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, (UNAM, México, pp. 3-19).

23 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 398.

24 HITTERS, Juan C., "El derecho procesal constitucional y el control de constitucionalidad", *El Derecho*, t. 56, pp. 56-69.

Puede decirse -como síntesis- que actualmente el derecho de acción²⁵ es considerado como un derecho autónomo constitucional, que muchas Cartas Magnas modernas lo han incorporado, y que en las últimas épocas se ha “socializado”, dejando de tener una perspectiva meramente individualista, para convertirse en lo que ha dado en llamarse, la dimensión social del derecho, principio que al haber sido receptado por los documentos internacionales de la época, nos permite hablar también de la dimensión supranacional de la justicia.²⁶

Es dable afirmar, en suma, que el ritual moderno no es un simple trámite regulado solo en los códigos adjetivos, pues en los últimos tiempos abarca ciertas instituciones procesales, como el derecho a la jurisdicción, el amparo, el *habeas corpus*, etc.; que se han incorporado a los estatutos supralegales, por lo que el pleito se ha convertido en un instrumento para concretar uno de los derechos trascendentes del hombre, el derecho a la justicia, que no se lleva a cabo con la mera posibilidad de accionar, sino de acceder *efectivamente* a la justicia.²⁷

B) PARTICULARIDADES DEL DERECHO PROCESAL SUPRANACIONAL

1. Generalidades

Hemos destacado el fenómeno que concluyó con la aparición de esta nueva disciplina que enmarca la tramitación internacional, de la que -como dice Gros Espiell-²⁸ poco se ha escrito, y que es necesario abordar en forma autónoma, sin dejar de reiterar que ella no se diferencia esencialmente, de su rama madre, el derecho procesal, dado que se apoya en los mismos principios, aunque, por supuesto, con algunas variantes, de las que más adelante nos ocuparemos.

Esta rama del derecho adjetivo -como anticipamos- no recibe una denominación única, ya que algunos autores hablan de “derecho procesal internacional”,²⁹ mientras que otros la de-

25 Este derecho de acción debe considerarse como una especie, del genérico y esencial de la persona. Desde tal perspectiva, se tiende a “garantizar” y no simplemente a “proclamar” las potestades de cada ser humano. Ello implica la puesta en marcha de un movimiento verdaderamente innovador, respecto de lo que antes se concebía como “acción procesal”. Las Cartas Supremas actuales han tratado al derecho a accionar (ejemplo, Brasil, Colombia, etc.). Todo ello no debe verse -como dice Fix-Zamudio- en forma aislada, ya que está vinculado con el derecho de defensa.

26 Si bien es cierto que -como anticipamos- este fenómeno arranca con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, no lo es menos que tuvo algún antecedente cuando se intentó -con timidez- al concluir la Primera Conflagración Universal, proteger ciertas garantías mínimas a través de las constituciones, lo que se denominó, el fenómeno de racionalización del poder (véase Loewestein, *ob. cit.* pp. 110, 149, 45, 26 y 390).

27 FIX-ZAMUDIO, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. pp. 5, 10 y 11.

28 GROS ESPIELL, Héctor, “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, IIDH, San José de Costa Rica, p. 67.

29 GROS ESPIELL, *ob. cit.* p. 70.

nominan, “derecho procesal relativo a los derechos humanos”,³⁰ y otros -entre los que nos incluimos- derecho procesal supranacional ateniendo a los derechos humanos.

Lo cierto es que como con toda agudeza remarca Alcalá Zamora y Castillo, el hecho de que se hayan puesto en funcionamiento tribunales internacionales, no autoriza a pensar que los preceptos que lo reglan, tengan una esencia distinta de los que se ocupan del rito local; por ende esta parcela -dice- no debe tener una total autonomía, como tampoco -por ejemplo- la jurisdicción militar. Además los derechos que custodia tal sistema, -añade- son los mismos que abarca cualquier juicio doméstico. En todo caso la autonomía -acota este autor- estaría dada porque opera fuera de las fronteras locales.³¹

Con las salvedades apuntadas, hay que reiterar que si bien pertenece a la rama única: el derecho procesal; en el ámbito internacional se notan ciertas particularidades, -tal cual lo ha dicho la Corte Interamericana-, por desarrollarse ante un órgano supranacional, y por ocuparse de los derechos humanos.³²

Corresponde saber cuál es la naturaleza del rito analizado, es decir, si es *inquisitivo* o *dispositivo*. Nosotros consideramos que es “dispositivo”, pues su puesta en marcha ante la Corte, como el ofrecimiento de las pruebas, dependen de las partes -los países o la Comisión- pese a que no se puede “transar libremente” (soluciones amistosas), aunque obviamente el tribunal actúa como “juez director” con amplios poderes-deberes,³³ y siempre con una tésis tuitiva del hombre. Como es sabido, los particulares -por ahora- no tienen legitimación activa para llegar a la Corte.

Dicho tribunal ha dejado en claro que tal proceso no es de esencia penal, dado que no tiene por objeto imponer penas a los culpables de las violaciones, sino que tiende a amparar a las víctimas y a disponer la reparación de los daños.³⁴

En síntesis podemos decir que el procedimiento ante la Corte es de naturaleza *dispositiva*, con cierta atenuación, pues los participantes no “disponen” libremente de la acción, habida cuenta que una vez puesta en marcha la misma, no siempre pueden “desistirla” (art. 53 del Reglamento de la Corte), salvo en los casos excepcionales que solo estén en juego intereses meramente patrimoniales. Todo ello sin perjuicio de reiterar su contenido publicístico, donde el tri-

30 ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*. Civitas (España), *ob. cit.*, 1975, pp. 33 y 44.

31 *Ob. cit.* pp. 44-49.

32 Caso, “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrs. 132, 133, y 135.

33 EISSEN, MARC-ANDRÉ, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, *ob. cit.* p. 48. Aunque este autor confunde la característica del juez-director, con la esencia inquisitiva, que son dos cosas distintas, pues el proceso doméstico moderno -ejemplo el juicio civil- es dispositivo, y también allí el judicante tiene amplios poderes.

34 Caso, “Velásquez Rodríguez”, párr. 134.

bunal está potenciado para ejercer ampliamente sus poderes-deberes como juez-director, sin ningún tipo de impedimentos.

2. Principios procesales

Según anticipamos, rigen los principios procesales que imperan en el sector local, aunque con algunas particularidades, pues el legitimado pasivo es siempre un Estado; y por tener una finalidad tuitiva en relación a la persona humana, que resulta la destinataria final y única de todos los esfuerzos que prodiga el derecho internacional de los derechos humanos.

En lo que a esto último respecta, es decir la *especialidad*³⁵ del procedimiento que protege las libertades del hombre, cabe consignar que dicha característica se nota con nitidez cuando el ciudadano demanda a un país,³⁶ ya que si se trata de una acción interestatal tal pauta queda totalmente relativizada. Ese criterio ha sido remarcado por la Corte de Estrasburgo cuando destacó que la finalidad del Convenio de Roma, es proteger a los individuos, y *ello supone que sus cláusulas procedimentales deben aplicarse del modo que mejor cumplan ese postulado*.³⁷

Cuando se analizan las reglas adjetivas que imperan en el rito supranacional, no se debe perder de vista -como principio orientador- el carácter *subsidiario* que tiene este modelo,³⁸ circunstancia que impide acudir directamente a los órganos del Pacto de San José, salvo raras excepciones. Por ello estos mecanismos supranacionales, solo entran a funcionar después de haberse agotado los recursos locales.³⁹

Como resulta por demás conocido, campean en este ámbito los principios de *contradicción, intermediación, economía procesal, oralidad, publicidad, e informalismo*.

Con respecto al de *contradicción*, cabe puntualizar que el mismo tiene vigencia en la medida que en el pleito existan intereses “contradictorios”, es decir una “litis” o “conflicto”. Va de suyo que las normas adjetivas del ritual internacional autorizan a las partes a ejercer las oportunidades de ataque y defensa, por ende el menoscabo de dichos actos, implica indefensión. Las normas del Estatuto de la Corte, como las del Reglamento, se ocupan de que estos postulados sean acatados.

35 OTEIZA, Eduardo David, *ob. cit.* punto 3.3, y nota 94.

36 Caso *de Becker*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo del 27-3-62.

37 Caso *Klass*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallo del 6-9-79. Véase, Oteiza, *ob. cit.* nota 95.

38 Que en el ámbito de la Corte de Luxemburgo -es decir en la Comunidad Económica Europea- se aplica con gran claridad, pues ese tribunal le ha dado prioridad al derecho comunitario sobre el local, destacando la directa operatividad de aquél. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también marcó el carácter operativo del Pacto de San José (véase Hitters, Juan Carlos *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, T. 1, párrafo 213).

39 Casos, *Lingüístico Belga*, del 23-7-68; y *Hanside*, del 7-12-76, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La *inmediación* se concreta a través del principio de *oralidad*, aunque en verdad, éste no lleva un fin en sí mismo, sino que opera como vehículo de la *inmediación*.⁴⁰ En general prevalece en el mundo la idea de que la oralidad es buena para los litigios donde tengan preeminencia las cuestiones de hecho, pues para las de derecho, es mejor el pleito escrito. En el proceso supranacional, generalmente tienen más relevancia los matices fácticos que los jurídicos, pues siempre se tiende a comprobar -y a sancionar- la infracción al Pacto -o a otros instrumentos internacionales- por parte de los Estados, por lo que los temas *iuris*, no son de todos los días.

En el modelo de Costa Rica -lo mismo que en el europeo- rige la oralidad, aunque por supuesto, convengamos que nunca ello es químicamente puro, ya que en todo pleito oral hay trámites escritos (art. 26 del Reglam.), tales como la demanda, su réplica, el ofrecimiento de pruebas, ciertos recursos, etc.⁴¹

Parece obvio acotar que la “oralidad” se da en las audiencias (arts. 14 y 39 del Reglam.). En este aspecto téngase en cuenta que el Reglamento de la Corte señala que el Presidente debe fijar la apertura del *procedimiento oral*, previa consulta con los agentes y delegados. Luego de celebrada la vista de causa, vienen nuevamente los actos escriturarios, tales como el acta y las resoluciones y sentencia.^{41bis}

El Reglamento de marras marca claramente ambos tramos,⁴² ya que el artículo 32 se ocupa del escrito, que empieza con la demanda y termina con la decisión de las excepciones preliminares (art. 32 a 35); mientras que el artículo 39 hace referencia al arranque del rito oral, que principia cuando se fija la fecha de la audiencia; y finiquita al llegar ésta a su conclusión.

Vale decir, entonces, que ante la Corte, el esquema es mixto, *aunque prevalece la oralidad*,⁴³ dado que el procedimiento transita por ambos sistemas, en forma sucesiva, arrancando por la escritura.⁴⁴

También hemos destacado que este procedimiento es *público*,⁴⁵ con más razón en su tramo oral. En tal aspecto el artículo 14.1 del Reglamento dice que “las audiencias serán públi-

40 HITTERS, Juan Carlos, *El Juicio Oral (en Materia Civil y Comercial)*. Ediciones Jurídicas, pp. 23-43.

41 ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*. Civitas (España), 1975, p. 122.

41bis El nuevo Reglamento de la Corte fue aprobado en su período XXXIV ordinario de sesiones, celebrado del 9 al 20 de setiembre de 1996.

42 Aunque por error se refiere al trámite escriturario a partir de la contestación de la demanda (art. 29), cuando también ésta se incoa por escrito.

43 Sostiene Alcalá Zamora y Castillo, que en el ámbito europeo priva la escritura, sobre la oralidad. Sin embargo hay que tener en cuenta que este publicista, cuando hizo esa aseveración, se refería a todo el proceso supranacional, incluyendo su tránsito por la Comisión (*La protección procesal, ob. cit.* p. 129).

44 Véase GROS ESPIELL, Héctor, *El procedimiento...*, *ob. cit.* p. 86. Como bien aclara este autor, en la Corte siempre se da el sistema mixto, salvo en el caso de *Viviana Gallardo y otras* (Nro. g 101/81 - Serie A: Fallos y Opiniones), donde no hubo trámite oral, porque la pretensión fue desestimada por cuestiones formales, ya que el Gobierno de Costa Rica intentó llegar al Tribunal, sin el paso previo ante la Comisión.

45 EISSEN, Marc-André, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ob. cit.* p. 49.

cas”, aunque el apartado 2, señala que la Corte tiene que deliberar en privado, y tal actividad debe permanecer secreta.

Otros de los criterios que iluminan este andarivel, es el de *informalidad*, que consiste en darle -en principio- validez a los actos, aunque posean ciertas deficiencias formales. Tal esquema ha sido resaltado por la Corte Europea,⁴⁶ y reiterado por su similar americana, quien enfatizó que en la jurisdicción que nos ocupa, “...la inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados...”⁴⁷

Puede decirse, en síntesis, que en el sendero supranacional que se lleva a cabo ante la Corte Interamericana, lo mismo que en los domésticos, campea el principio de *informalidad*, que significa que debe privar la sustancia sobre las formas, ya que la inobservancia de ciertas reglas *in procedendo* no causan la nulidad del acto, pues lo que importa es que se preserven los derechos procesales -y más aún los sustanciales- de los litigantes.

De todos modos, parece baladí repetir, que ello no significa que reine la anarquía, pues en algunos casos, las formas existen para apuntocar el derecho de defensa en juicio. Por ejemplo en el Asunto “Viviana Gallardo”, el Tribunal del Pacto de San José puso de resalto, por ejemplo, que el paso ante la Comisión es insoslayable, lo que significa que no se puede llegar a la Corte -en el procedimiento contradictorio- sin transitar primero ante aquélla.⁴⁸

Demás está decir que estos parámetros se aplican a diario en los pleitos de la jurisdicción doméstica.

3. Concepto de Parte

El concepto de “parte”, ha sido abordado por la Corte, por primera vez en el caso “*Velásquez Rodríguez*”. Fue uno de los puntos más importantes y ríspidos del pronunciamiento de marras (con perfiles no sólo procesales sino también fondales). La cuestión ha sido ampliamente debatida en el fallo, y los jueces no se pusieron del todo de acuerdo, aunque la mayoría consideró que la *víctima no es parte*, partiendo del viejo Reglamento de la Corte.

El judicante Piza E., votando en disidencia, opinó -con razón a nuestro modo de ver- que los denunciantes, la Comisión, y el condenado, debieron intervenir en la conversación sobre la

⁴⁶ Señaló en el Caso *Reigensen* (del 16-7-71), que “las jurisdicciones internacionales han constatado en varias ocasiones que el derecho internacional no puede ser aplicado con el mismo formalismo que se impone a veces en la aplicación del derecho interno... El Tribunal señala, además, que las demandas individuales proceden a menudo de profanos que, más de nueve veces sobre diez, escriben a la Comisión sin asistencia de un jurista...”. Hay que tener en consideración que este fallo se refirió al procedimiento ante la Comisión, por lo que no se puede aplicar a pie juntillas para la Corte, aunque sirve como criterio orientador.

⁴⁷ *Caso Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 18. *Idem Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1981, párr. 15. Conf. *Caso Fairén Garbi*, párr. 39. Conf. *Caso Gangaray Panday, excepciones preliminares*, del 4-12-91. Este Criterio del *informalismo* también rige en la Corte Internacional de Justicia (arts. 40,4. y 52.3 de su Reglamento).

⁴⁸ *Asunto de Viviana Gallardo y otras* - Nro. g 101/81 - Serie A: Fallos y Opiniones.

fijación de la cuantía de la reparación por la Corte. Para llegar a esta conclusión aduna que la Comisión es *parte instrumental*, mientras que la víctima o sus familiares gozan de la condición de *parte material* (opinión disidente párrs. 1-6).

Sin entrar en esta dicotomía que nos parece un tanto artificial,⁴⁹ creemos que esa solución es la que más se acomoda a la realidad actual del sistema de protección de los derechos humanos, donde cada día se le reconoce al individuo una más amplia legitimación, a tal punto que en un Protocolo adicional el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos se le da ahora al “Hombre” la posibilidad para demandar y actuar ante la Corte, potestad esta que con anterioridad solo la tenían, los Estados y la Comisión.^{49bis}

Se colige en este voto minoritario, que las partes en sentido sustancial son, el Estado como legitimado pasivo; y el denunciante acreedor. “La Comisión no es *parte* en ningún sentido sustancial, porque no es titular de derechos ni de deberes que hayan de ser o puedan ser declarados o constituidos por la sentencia...” (párr. 4.) a mi juicio -agrega el juez disidente-, lo único que la Convención veda al ser Humano es la *iniciativa de la acción* (art. 61.1), limitación que, como tal, es materia a la luz de los principios, de manera que debe interpretarse restrictivamente. En consecuencia, no es dable derivar de esa restricción la conclusión de que también le está vedado al ser humano su condición autónoma de *parte* en el proceso una vez que este se haya iniciado... En lo que se refiere a la Comisión Interamericana que debe comparecer en todos los casos ante la Corte... ésta es claramente una *parte* puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un ministerio público del sistema interamericano de protección de los derechos humanos...”⁵⁰

Como acabamos de puntualizar, compartimos los fundamentos de aquel voto minoritario en el sentido de que el denunciante *es parte* en estos tipos de pleitos, tanto ante Comisión, donde no existe duda alguna, como ante la Corte. Ello sin dejar de reconocer que las disposiciones vigentes no son claras y admitiendo que la solución que proponemos surge de una tésis finalista y abarcadora del modelo de protección internacional de los derechos humanos, sobre la base de una *interpretación humanitaria* de esta problemática, a la que ha llegado la Corte de Estrasburgo, para asuntos similares al aquí comentado,⁵¹ apoyándose en preceptos no del todo diferentes a los de nuestra Convención, la que en tal aspecto ha seguido a pie juntillas al esquema del viejo continente; por lo que resultará conveniente tenerlo como guía.⁵²

49 Porque la “instrumental”, es siempre en definitiva una *representante o mandataria*, de la “material”, que si bien por diversas razones no puede intervenir en juicio, es la destinataria de las actuaciones; como por ejemplo, los incapaces en los procesos domésticos.

49bis Protocolo 10mo. (Estrasburgo, 25 de marzo de 1992).

50 Considerando 6-6.

51 Véase, López Marín Antonio, “El recurso individual ante un órgano internacional. El caso Nielsen”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, ob. cit. segunda época, vol. XVII, núm. 1, 1965, pp. 3 y sgts. (Véase nota 49 bis)

52 Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, p. 221, nota 83.

Desde esta vertiente dijo el Tribunal Europeo en el caso *Lawless* que si bien la Convención -ahora reformada, como anticipamos- veda el acceso del individuo en calidad de parte, no resulta contrario a ese cuerpo preceptivo reconocerlo como titular de ciertas situaciones procesales que no implican el conferimiento de un determinado *locus standi* en el juicio.⁵³

Posteriormente, en el caso *Los Vagabundos*, ese órgano judicial autorizó a los abogados de la víctima a incorporarse al pleito, con amplias facultades de intervenir en el mismo.⁵⁴

La experiencia de más de 10 años, hizo -como vimos- que en 1982 dicho cuerpo modificara su Reglamento, permitiéndole al denunciante, participar activamente en el proceso, con potestades similares a las de la Comisión y los Estados, salvo la posibilidad de llevar el tema a la Corte,⁵⁵ interpretando de esta forma, con un alcance más amplio, el artículo 44 de la Convención europea, que como el 61.1 de la nuestra, veda al particular la potestad de introducir el caso ante el órgano jurisdiccional del sistema.⁵⁶

En síntesis creemos que el ser humano *es parte* ante la Corte, y que si bien no está potenciado para acudir directamente ante ella como legitimado activo, una vez que la Comisión (o un Estado) puso en marcha las actuaciones ante el Tribunal del sistema, la víctima puede intervenir sin ningún tipo de restricciones. Tan es así que el art. 35.1.e. del Reglamento -siguiendo las aguas de su similar europeo- hace notificar la demanda, al denunciante original y a la víctima o a sus familiares si fuera del caso. A su vez el artículo 23 de dicho documento le permite a las víctimas o a sus familiares, presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma, *en la etapa de reparaciones*; y los artículos 35.1.e. y 57.6. indican que se les debe notificar la demanda y la sentencia (conf. art. 53). Esto significa que el nuevo Reglamento (de 1996) les ha dado a las víctimas una mayor participación en el proceso ante la Corte, aunque sin otorgarles la posibilidad de iniciar la acción (conf. art. 53 del Reglamento). Admitimos que esta respuesta no surge linealmente de los textos aludidos, pero es -como dijimos- la que más se acomoda a la *interpretación humanitaria* que debe campear en este ámbito. De todas maneras, y aún citándonos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, convengamos que su artículo 61.1 le niega al denunciante la posibilidad de llegar *per se* a la Corte, pero no la de actuar como parte.⁵⁷

53 Fallado en 14 de noviembre de 1960. Véase, *García de Enterría, y otros, ob. cit.* p. 245.

54 Nikken, *ob. cit.* p. 223.

55 Nikken, *ob. cit.* pp. 225-227. Sostiene este autor, que “lo cierto es que el vigente Reglamento de la Corte Europea, después de introducido un caso ante ésta, equipara enteramente en todos sus derechos durante el desarrollo del juicio, al denunciante original con los Estados litigantes y con la Comisión. Aún cuando el reglamento parece reservar el calificativo de *parte* en el proceso exclusivamente para los Estados que participan en el mismo -lo cual excluiría también a la Comisión de esa condición-, la circunstancia de que el individuo aparezca investido con poderes jurídicos suficientes para intervenir en condiciones de igualdad, en el debate judicial contradictorio, implica que, por obra del Reglamento de la Corte Europea, ha alcanzado técnicamente la condición de parte en los procesos que tienen lugar ante ella”.

56 Ver voto del juez Piza E. Allí se expresa, que el artículo 63.1 de la convención, hable de *parte lesionada*, cuando se refiere al denunciante.

57 HITTERS, Juan Carlos, “La Corte Interamericana”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* nro. 3, 1988, p. 239.

Reiteramos que la Comisión y los Estados, son los únicos que pueden incoar una denuncia ante el Tribunal de referencia. Empero una vez iniciada la misma, la víctima está en condiciones de intervenir en el pleito, y debe ser escuchada como una “parte” más.⁵⁸

III. REFORMA ARGENTINA. RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS PACTOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

En la Argentina la Convención Nacional Constituyente del año 1994, reformó el artículo 67 inc. 19 de la Carta Magna -ahora art. 75 inc. 22- y le dio jerarquía constitucional a varios tratados sobre derechos humanos, ratificados por el país, entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica.

Antes que nada es dable poner de relieve, que los mismos ya eran derecho positivo desde el momento de su ratificación por el Congreso. Y además nuestra Corte Suprema había hecho ingresar al último casi a la antesala de la propia Constitución, a través de los conocidos fallos, *Ekmedkjian c/ Sofovich (de 1992)* y *Fibraca (de 1993)*. En cuanto a su operatividad nada ha cambiado, pues ya era en rigor *self executing*, es decir directamente operativos, por regla.

Sería importante acotar que la modificación implica un verdadero avance, pues nos hemos puesto a la vanguardia de los grandes movimientos de los últimos tiempos, habida cuenta que, salvo algunos países de América Latina, hasta ahora sólo se le han conferido a tales Pactos una jerarquía por encima de las leyes, pero por debajo de la Constitución.

Lo cierto es que esta solución responde a una profunda tendencia en pro de los derechos humanos, tanto a nivel doméstico como internacional, dando nacimiento al denominado *derecho supranacional*,⁵⁹ que se erige -al decir de Cappelletti-, como uno de los fenómenos más importantes de este siglo. Ello así pues las normas jurídicas locales creadas para tener vigencia dentro de los Estados, se fueron “extendiendo” -a través de los tratados- logrando operatividad más allá de las fronteras.

Los pactos y convenciones aquí analizados poseen ciertas particularidades con respecto a los clásicos, habida cuenta que según lo ha destacada la Corte Interamericana, en dos Opiniones Consultivas (OC-2 y OC-3), tienen por objeto y fin la tutela de las prerrogativas del individuo.⁶⁰

Por todo ello, la reforma les ha otorgado jerarquía constitucional, pasando a “complementar” la Carta Magna, sin violentar el artículo 31 de la misma.

58 HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, año 1993, T. II, p. 480.

59 Repárese que el art. 75 inc. 24 se refiere, más bien al Derecho Comunitario o de Integración (Mercosur) y el art. 75 inc. 22 al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

60 El suscripto fue Convencional Nacional Constituyente en dicha reforma, ocupando el cargo de Vice Presidente 1ro. de la Comisión de Redacción.

Esto quiere significar, que en caso de una eventual contraposición, con la Constitución, prevalecerá ésta, pues su artículo 27, dispone que los tratados deben mantener conformidad con los principios de derecho públicos establecidos en ella. Por tal motivación el actual Artículo 75 inc. 22, dispone enfáticamente que los convenios internacionales a los que hemos hecho referencia, deben entenderse como “*complementarios*” de la Carta Magna, *no pudiendo derogar, ni contradecir la denominada parte dogmática*.

En síntesis, los instrumentos que se añaden a la Carta Suprema, tienen rango constitucional, pero no son la Constitución misma. Este será el argumento trascendente que en el futuro podrán utilizar los judicantes, para darle prioridad a la Constitución, sin perder de vista que la télesis final de los mecanismos que se han incorporado, es la tutela del ser humano.⁶¹

IV. EL PROCESO EN EL MERCOSUR. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Estamos analizando la existencia de una justicia supranacional con particular enfoque en el derecho procesal, y hemos visto que es posible hablar de un proceso que desborda los límites fronterizos de los países y que se desarrolla ante órganos transnacionales. En base a ello hicimos referencia a la Comunidad Económica Europea (CEE), y también al campo de los derechos humanos, pero dejaríamos incompleto el cuadro de situación sino aludimos, aunque sea sintéticamente, al sistema subcontinental del Mercosur,⁶² ya que allí se pueden presentar controversias entre Estados o entre los particulares contra los Estados, que están reguladas en instrumentos internacionales, y que tienen un contenido eminentemente procesal, con cierta similitud al esquema de la Unión Europea, antes citado.⁶³

En efecto, como es por demás sabido, en 1991 se pone en marcha el Tratado de Asunción, que crea el Mercado Común del Sur (Mercosur), que se perfecciona en 1993 con el Protocolo de Asunción, y se completa -por ahora- en 1995 con el Protocolo de Ouro Preto, estos dos últimos integrantes del primero.

Si bien es verdad que aún no estamos ante un verdadero derecho transnacional -al estilo de el viejo continente- ya que se carece de un tribunal como el de Luxemburgo y de un derecho comunitario con primacía sobre la legislación interna; la verdad es que pese a que se encuentra todavía en la etapa organizativa, podemos hablar de un esquema supranacional en estado embrionario, que está instrumentado en documentos de jerarquía internacional (tratados y protocolos adicionales).

Parece necesario señalar que las controversias en el Mercosur se resuelven *por consenso*, y a través de *negociaciones directas* (autocomposición), decididas por cuerpos interguber-

61 Véase Hitters, Martínez, Tempesta “Jerarquía de los Tratados sobre Derechos Humanos: Fundamentos de la Reforma de 1994”, *El Derecho*, t. 159, p. 1074.

62 Integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con más de 200 millones de consumidores.

63 HITTERS, Juan Carlos, “Solución de controversias en el ámbito del Mercosur” (hacia un derecho comunitario), *Revista La Ley*, del 18 de junio de 1997.

namentales (que obviamente no son “independientes”), *no jurisdiccionales*, y a veces por árbitros (heterocomposición) que por supuesto carecen de *imperium*.

El Protocolo de *Brasilia*⁶⁴ disciplina la solución de conflictos, por medio de negociaciones entre Estados, dictámenes de expertos, y laudos arbitrales si fuera necesario, donde se insertan una serie de preceptos de esencia *procesal*, de similar contenido al de los documentos internacionales antes estudiados. No obstante conviene reiterar que estos pleitos son en verdad manejados por los Estados -con poca participación de los particulares-, lo que demuestra alguna de sus falencias.

Los litigios *entre particulares* -por ahora- se deciden a través de las normas domésticas, y los tratados internacionales, ante los magistrados locales, por lo que no se puede hacer referencia todavía, ni a una jurisdicción ni de un verdadero proceso de naturaleza supranacionales.

V. CONCLUSIONES. EL PORVENIR DEL DERECHO PROCESAL SUPRANACIONAL

Hemos visto que luego de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia de los oprobios que esa conflagración le produjo a la humanidad, se fue gestando -en el mundo occidental- un movimiento en defensa de los derechos del hombre, primero a nivel nacional, y luego a escala internacional, dando como resultado la aparición del derecho transnacional.

A nivel de la Comunidad Económica Europea se han puesto también en marcha mecanismos jurídicos supranacionales, de tal modo que el ser humano tiene desde que quedaron conformados estos parámetros, una sombrilla protectora (un *bill of rights*), que lo cubre dentro y fuera de los límites de las fronteras en las que normalmente habita (*lex universalis*); pautas estas que de modo embrionario rigen para el Mercosur.

Estamos en presencia de un *derecho transnacional*, con regulaciones “sustanciales” por un lado que nacen a través de los Convenios y Tratados internacionales; y con normas “procesales” por otro, surgidas por mediación de los estatutos y los reglamentos, que rigen en los Tribunales supranacionales, como el de Luxemburgo -para la Comunidad Económica Europea- o los de Estrasburgo y de Costa Rica, para el ámbito de la protección de los derechos humanos.

Lo importante de esta moderna rama es doble, pues incorpora normas de derecho internacional al torrente jurídico doméstico, que son directamente operativas (*self executing*), logrando una uniformidad continental en la interpretación del esquema metanacional; y además, impone un contralor que está por encima del local -supranacional- para que los Estados y los

⁶⁴ Fue sancionado legislativamente y ratificado por los 4 signatarios, lo mismo que el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto.

cuerpos internos acaten este derecho, produciendo también, de tal modo una unificación ya que los entes “revisores” -Comisión y Corte-, llevan a cabo una especie de inspección que origina cierta uniformidad.

El derecho “procesal” supranacional, debe ser estudiado y reelaborado por los procesalistas, si consideramos que como remarcaba Alcalá Zamora, la mayoría de los reglamentos y estatutos que hoy rigen, han sido pergeñados por internacionalistas, con quizás no muchos conocimientos de las reglas que iluminan el campo adjetivo. Además se trata de una corriente en continua expansión que precisa de un serio tratamiento por parte de los especialistas en el sector del proceso.

A grandes trazos hemos intentado de señalar, que en principio se aplican al Derecho Procesal Transnacional, las pautas generales que se ponen en marcha en los pleitos domésticos, aunque, con cierta especificidad teniendo en consideración los intereses que están en juego.

En el ámbito americano, sea en el Mercosur,⁶⁵ o en el Acuerdo de Cartagena,⁶⁶ o en el sistema continental tuitivo de los derechos humanos, funcionan órganos jurisdiccionales y quasi jurisdiccionales, de jerarquía supranacional a través de los cuales se resuelven “litigios”. Ello significa que es imprescindible estudiar y sistematizar su ritual,⁶⁷ y los procesalistas no pueden ser convidados de piedra, debiendo tener un rol participativo.

Estos conceptos se extienden en general a los abogados que se ocupan de representar y patrocinar en juicio, ya que en Europa, la especialidad en los procesos transnacionales, constituye una importante fuente de trabajo. Algo de esto hemos querido dejar esbozado, de manera muy somera.

En suma, estamos en presencia de una nueva materia procesal que ha ido creciendo de modo “silvestre”, por lo que ya es hora de abordarla científicamente, y por especialistas para que esculpan su verdadero rostro.⁶⁸

65 Véase *El Mercosur, aspectos institucionales y económicos*, A. M. Morello, Coordinador Librería Editora Platense S.R.L.

66 El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, fue creado por el Tratado del 25 de mayo de 1979, y comenzó a funcionar en Quito el 5 de enero de 1984.

67 Véase, Ángel Landoni Sosa “El Proceso Transnacional”; Mario Aguirre Godoy “El Proceso Transnacional”; ambos en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Volumen II, nro. 16-17 pág. 11 y 33 respectivamente.

68 HITTERS, Juan Carlos, *Algo más sobre el Proceso Transnacional*, ob. cit. p. 1020.

EL DEBIDO PROCESO EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Arturo Hoyos^(*)

SUMARIO: I. El debido proceso y la necesidad de consolidar democracias gobernables. II. El debido proceso como derecho fundamental de carácter instrumental: aspectos generales y elementos esenciales. III. Las decisiones judiciales sobre el debido proceso en las Américas. IV. Las nuevas dimensiones del debido proceso.

Me complace grandemente unirme al Homenaje que la Corte Interamericana de Derechos Humanos rinde al extraordinario jurista Dr. Héctor Fix-Zamudio, quien se ha desempeñado con gran distinción como Presidente de esa institución.

Me ocupo del tema del debido proceso, institución de origen anglosajón, la cual ha cobrado algunas características propias en nuestra región latinoamericana. El maestro Fix-Zamudio ha señalado en un ensayo reciente sobre la garantía de los derechos que “algunos de estos remedios (que tienen un carácter predominantemente procesal) se han desarrollado con modalidades de carácter peculiar en Latinoamérica. En este sentido podemos destacar el *habeas corpus* el derecho de amparo y otros instrumentos similares así como la revisión judicial... Si bien es verdad que estos instrumentos tienen su origen en la tradición jurídica angloamericana, han evolucionado con rasgos propios en Latinoamérica”.¹ Pienso que esta aseveración del maestro Fix-Zamudio es plenamente aplicable al tema que aquí tratamos.

(*) Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

¹ Héctor Fix-Zamudio, “Garantías de los derechos. Control judicial, Amparo, Ombudsman”, en *El Derecho Público de Finales del Siglo una perspectiva Iberoamericana*, Directores Eduardo García Enterría y Manuel Clavero Arévalo, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1997, pág. 631.

I. EL DEBIDO PROCESO Y LA NECESIDAD DE CONSOLIDAR DEMOCRACIAS GOBERNABLES

El distinguido politólogo británico Samuel Finer en una monumental obra sobre la historia de los gobiernos ha sostenido que tradicionalmente en Latinoamérica las democracias han sido sólo de fachada.²

Creo que esta es una perspectiva equivocada pero muy común en algunos académicos no familiarizados con nuestra región latinoamericana. Es evidente que no hay democracias perfectas y las nuestras distan de serlo mas el avance registrado en los años noventa en la consolidación de formas de gobierno democráticas en el continente americano es realmente notorio. Ahora debemos hacer frente a nuevas impugnaciones de nuestras instituciones por quienes siempre desean ver defectos profundos y casi que insuperables en nuestra prácticas de gobierno. Antes se sostenía que usualmente vivíamos en el autoritarismo, que nuestras democracias eran de fachada, cuando existían, y hoy que tenemos gobiernos elegidos democráticamente en casi toda la región se sostiene que empezamos a deslizarnos hacia un modelo de democracia que es “anti-liberal”³ porque, supuestamente, los gobiernos elegidos por la mayoría dejan de lado el respeto por derechos fundamentales, están sujetos a muy pocos controles y la separación de poderes es casi inexistente, con lo cual se separan del modelo clásico de la democracia liberal.

Ese tipo de análisis refleja ciertos prejuicios contra culturas políticas distintas a aquellas en las que surgió históricamente la democracia liberal pero sobre todo no deben impedirnos destacar el inmenso progreso de Latinoamérica en la presente década en la consolidación de sus democracias. Parte de la tarea constante de perfeccionarlas es, entre otras cosas, lograr que se respeten los derechos fundamentales, dentro de los cuales destaca el debido proceso y, a la vez, que la acción del Estado sea eficaz para que la democracia sea realmente gobernable.

II. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CARÁCTER INSTRUMENTAL: ASPECTOS GENERALES Y ELEMENTOS ESENCIALES

Aquí nos ocupamos de una institución que está incluida dentro de un género más amplio integrado por las garantías constitucionales del proceso. Como este derecho fundamental cumple ante todo una función garantista de los otros derechos fundamentales creemos adecuada su designación como garantía.

Estamos en presencia de un verdadero derecho fundamental, de carácter instrumental, que comparte características de los derechos de libertad porque crea una esfera para los titula-

² Finer, Samuel E., *The History of Government from the Earliest Times*, Oxford University Press, Inglaterra, Vol. III., 1997, pág. 1477.

³ Fareed Zakaria, “The rise of illiberal democracy”, Revista *Foreign Affairs*, Nueva York, noviembre-diciembre de 1997, págs. 22 a 43.

res libre de ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar ciertas condiciones en todo proceso.⁴ Es, pues, un derecho fundamental en que se palpa la superación de la concepción clásica de los derechos fundamentales como un campo de libertad ante el Estado para resaltar el aspecto positivo que vincula a la organización estatal a un deber positivo, de brindar una prestación a los ciudadanos.

El principio de que en un sistema político debe haber un proceso justo es para John Rawls un requisito fundamental para que pueda existir un verdadero imperio del derecho (*rule of law*),⁵ y entiende que debido proceso es aquél “razonablemente estructurado para averiguar la verdad, de formas consistentes con las otras finalidades del ordenamiento jurídico, en cuanto a determinar si se ha dado alguna violación legal y en qué circunstancias”.⁶

Nosotros nos ocupamos más del debido proceso como una de las instituciones procesales que, gradualmente, han adquirido el “rango de derechos cívicos o fundamentales”, para usar la expresión de Eduardo Couture.⁷

Modernamente, el debido proceso aparece vinculado al constitucionalismo, el cual está ligado a la idea de un gobierno limitado.⁸

Históricamente el punto de partida del moderno constitucionalismo europeo fue el creciente impacto que tuvo el ejercicio del poder real sobre las personas y bienes de sus súbditos y la resistencia de éstos que dió lugar a luchas que culminaron en textos solemnes en los que los monarcas prometieron eliminar abusos específicos y tratar a sus súbditos conforme a la ley.⁹ Quizás el más conocido de estos textos medievales es la Carta Magna, fuente original del concepto del debido proceso. Fue expedida en Inglaterra por el Rey Juan en 1215 en Latín.¹⁰

En el Capítulo 39 el Rey Juan prometió lo siguiente: *Nullus liber hommo capitur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlagetur, aut exultetur, aut aliquo modo destruat, nec super um ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae* (Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exilado

4 Cfr. mi trabajo *La interpretación constitucional*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993, págs. 42 y siguientes.

5 *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Londres, 1973, pág. 239.

6 *Ibidem*. La versión al español es nuestra.

7 “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 2a. edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 22.

8 Nicola Matteucci, “Constitucionalismo”, en *Diccionario de Política A-J*, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, Ed. Siglo XXI, España, 2a edición, 1982, págs. 396 y siguientes; también Carl J. Friedrich, “Constitutions and Constitutionalism”, en *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Ed. Collier-McMillan, E.U.A., 1968. Vol. 3, pág. 319.

9 R.C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge (Inglaterra), 1995, pág. 80.

10 Cfr. la colección de ensayos *Due Process*, editada por R. Pennock y J. Chapman, Nomos XVIII, New York University Press, 1977.

ni en forma alguna arruinado, ni iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra).

Las frases claves en el texto citado del Capítulo 39 de la Carta Magna, para nuestros efectos, son el *legale iudicium parium suorum*, que, según Couture, “configura la garantía del juez competente”¹¹ y, sobre todo, el juicio *per legem terrae*, expresión que es la fundamental para la evolución posterior. Ella se vinculó luego al derecho consuetudinario o común (*Common law*) de Inglaterra.¹² En 1354, una Ley es expedida bajo el Rey Eduardo III, la misma se refiere a este derecho en el idioma inglés y así, en lugar de la expresión *per legem terrae*, aparece la expresión inglesa *due process of law*.¹³

La expresión *due proces of law* fue incorporada a la Constitución de Estados Unidos mediante la 5ª y la 14ª Enmiendas y, de allí, el concepto y la expresión se han extendido a las constituciones de nuestro hemisferio.¹⁴ Algunas constituciones estatales norteamericanas prefieren utilizar la expresión *law of the land*.

Con el advenimiento del constitucionalismo el debido proceso es reconocido como un derecho fundamental para todos y luego ha sido recogido en convenios internacionales de derechos humanos. De particular interés para nosotros resulta el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

III. LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN LAS AMÉRICAS

He seleccionado a cuatro países de cada una de las cuatro zonas geográficas de nuestro hemisferio para cubrir su jurisprudencia.

III.1. Norteamérica: Estados Unidos de América

En los Estados Unidos de América la garantía constitucional del debido proceso se consagra en las Enmiendas 5ª y 14ª de la Constitución federal, cuyo núcleo es que nadie será pri-

11 *Op. cit.*, pág. 48.

12 Charles A. Miller, “The forest of Due Process of Law”, en obra citada *Due Process*, pág. 5.

13 Lord Hailsham, *Hamlyn Revisited: The British Legal System Today*, Ed. Stevens, Londres, 1983, pág. 33.

14 Habría que aclarar que algunos países han evitado conscientemente utilizar esa expresión para no caer en los desarrollos jurisprudenciales y las polémicas estadounidenses sobre el debido proceso sustancial, distinto del procesal. Este parece ser el caso de *Canadá*, cuya Constitución de 1982 dispone en su artículo 7 que todos tienen derecho a no ser privados de su vida, libertad y seguridad de la persona (en vez de “propiedad” que utiliza la 5ª Enmienda americana) *except in accordance with the principles of fundamental justice* (excepto según los principios fundamentales de justicia), expresión esta última que reemplaza a *due process of law*. Peter Hogg señala que los redactores canadienses quisieron evitar las interpretaciones del debido proceso sustancial anteriores a 1937, la llamada era *Lochner* en Estados Unidos. *Cfr.* “Canada’s new Charter of Rights”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 32, N° 2, primavera de 1984.

vado de su vida, libertad o propiedad sino según el debido proceso legal. De hecho,¹⁵ la cláusula del debido proceso, junto con la del tratamiento igualitario, ha sido la más litigada ante la Corte Suprema (CSJ) en la historia constitucional de los Estados Unidos.

La jurisprudencia de este país le dio al debido proceso, un doble alcance: substancial y procesal. En cuanto al primer aspecto, el substantivo, muy propio del sistema jurídico norteamericano, podemos señalar que ha pasado por diversas etapas, desde una en que se juzgó, en el fondo contra una especie de Derecho Natural, la legislación de tipo económico-social y se declararon inconstitucionales leyes laborales e intervencionistas¹⁶ porque supuestamente implicaban limitaciones no razonables al derecho de propiedad protegido por el debido proceso, lo cual (la era *Lochner*) finaliza en 1937 cuando (*West Coast Hotel vs. Parrish*), la Corte Suprema dejó de interferir con el Nuevo Trato del presidente Roosevelt y, en general, con la facultad del Congreso de expedir leyes que regulen la vida económica. Con posterioridad la doctrina del debido proceso substancial ha sido utilizada por los tribunales para formar, sobre todo, el derecho a la intimidad de las personas (*privacy and personhood*).¹⁷

El debido proceso, en sentido procesal, se ha considerado como diseñado para proteger “aquellos principios fundamentales de libertad y justicia que yacen en base de todas las instituciones civiles y políticas” de los Estados Unidos (*Hurtado vs California*, 1884) y, para garantizar aquellos procedimientos que sean requeridos para “la protección de la decencia en una sociedad civilizada” (*Adamson vs California*, 1947), e incluso se ha vinculado la invocación del debido proceso al derecho común y a los estatutos de Inglaterra (*Tumey vs Ohio*, 1927). No obstante, en todos los casos el “corazón” del debido proceso en su aspecto procesal ha sido ubicado en la noción de que el gobierno tiene el deber de otorgar notificación razonable y una oportunidad de ser escuchados a los individuos o grupos cuyos intereses en la vida, libertad o propiedad pueden ser adversamente afectados por acción gubernamental. La garantía de un procedimiento justo debe estar diseñada de tal forma que a los individuos les sea otorgada una audiencia abierta ante un juez neutral e imparcial, que no tenga intereses pecuniarios directos o personales en el caso, y que se encuentre libre de dominación por una multitud con la inclusión de asistencia legal prestada por un abogado en casos criminales en que se juzgue a personas indigentes.

Para la determinación de las garantías y las protecciones que deben brindarse dentro de un debido proceso la CSJ ha insistido que los procedimientos son los necesarios para minimi-

15 Jeffrey Segal y Harold Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Nueva York, Cambridge University Press, 1993, pág. 85.

16 Para la declinación del *substantive due process* puede verse L. Tribe, *American Constitutional Law*, Bobbs-Merrill, Nueva York, 1979, pág. 427 y siguientes. En general para el estudio de este derecho fundamental *cfr.* L. Tribe y Michael Dorf, *On reading the Constitution*, Harvard University Press, 1991 y Walter Murphy et al, *American Constitutional Interpretation*, Foundation Press, Nueva York, 1986, 1262 págs. y Segal y Spaeth, obra citada págs. 86, 92, 93 y 115 y ss.

17 *Cfr.* L. Tribe, *American Constitutional Law*, Capítulo 15, págs. 886 y siguientes, para estos desarrollos. El debido proceso formal o procesal en los Estados Unidos es tratado por L. Tribe en las págs. 501 a 563.

zar errores y para reducir los peligros de acción arbitraria a un nivel aceptable, requerimientos que pueden variar de acuerdo con específicos contextos de hecho, ya que no todas las situaciones en las que se necesita protección procesal demandan la misma clase de proceso (Mortissey vs Brewer, 1972). La CSJ originalmente recurrió a conceptos como el derecho natural o ideas de la moralidad convencional o a una noción de lo que históricamente parecía justo y correcto. Pero una fórmula general de corte más bien utilitarista de “balance de intereses”: para la identificación de los requerimientos específicos del debido proceso generalmente se deberá tomar en consideración tres factores distintos: primero, el interés privado que será afectado por una acción estatal; segundo, el riesgo de una privación errónea de dicho interés a través de los procedimientos utilizados y el valor probable, si alguno, de protecciones procesales alternativas; y finalmente, el interés del gobierno incluyendo la función oficial de que se trate y las cargas fiscales y administrativas que entrañarían requerimientos procesales adicionales o sustitutos (Mathews vs Eldridge, 1976). Algunos aspectos de la doctrina de la CSJ norteamericana en relación con la garantía constitucional del debido proceso que estudiamos merecen destacarse, a saber:

1) *Notificación y audiencia previa*: La CSJ generalmente ha requerido que las personas no sean privadas de vida, libertad o propiedad por aplicación judicial de la Ley (*adjudication*) sin que ello no sea precedido por una notificación y oportunidad de una audiencia apropiada a la naturaleza del caso (Mullan vs. Central Hanover Bank and Trust Company, 1950). En general la audiencia debe ser previa a la privación, en cuanto ésta puede ser prevenida, a menos que el Estado demuestre que algún interés gubernamental se encuentre en juego de tal forma que se justifica posponer la audiencia con posterioridad al evento (Boddy vs Connecticut, 1971). Las excepciones a la audiencia previa tradicionalmente se han dado en situaciones en las que exista un interés estatal de enorme significación ya sea porque las demoras creadas por el proceso o porque la oportunidad para evasiones se producen precisamente por notificación y audiencia previa. Así, la CSJ no ha requerido una audiencia previa en acciones de emergencia tomadas en tiempos de guerra, cuando acción sumaria ha sido necesaria para proteger a los consumidores de productos alimenticios alterados o contaminados o drogas mal identificadas en las etiquetas, para asegurar una efectiva acción de cobro de impuestos de tal forma que se minimicen las oportunidades del contribuyente de dilapidar sus activos en anticipación a un intento de cobro de impuestos por el Estado, decomiso de artículos utilizados en la comisión de delitos, para permitir administración de emergencia de un banco o para proteger instituciones públicas de serias perturbaciones (en cuanto a este último aspecto en Goss vs López, 1975, la CSJ señaló que procedía la remoción de un estudiante de su escuela sin audiencia previa siempre que la presencia de este estudiante planteara un peligro continuo a personas o propiedades o una amenaza permanente de alteración o desintegración del proceso académico); 2) *Medidas cautelares*: La Corte ha restringido el secuestro de salarios de trabajadores en muchos casos por consideraciones de orden social y para prevenir graves injusticias (Sniadach vs. Family Finance Corp., 1969). No obstante, la Corte ha relajado la presunción en favor de una audiencia previa cuando derechos de propiedad existen en conflicto en relación con los mismos bienes de tal forma que la audiencia puede ser celebrada ya sea bien antes inmediatamente a continuación de la medida cautelar (North Georgia Finishing Inc. vs. Di-Chem, 1975). Merecen destacarse dos decisiones

de la Corte Suprema relacionadas con la constitucionalidad de leyes del Estado de Louisiana, por una parte, y de Florida y Pensylvania, por la otra, en relación con medidas cautelares: a) en *Mitchell vs W. T. Grant Company*, 1974, la Corte sostuvo que la Ley de Louisiana sobre secuestros preventivos era constitucional pero sólo después de indicar que cinco aspectos de dicha ley permitían su ubicación dentro de la Constitución, a saber: al. Que permitía solamente a un juez aprobar la petición del acreedor, a.2. que tal aprobación judicial era solamente permitida cuando el reclamo y los supuestos de hecho y de derecho estaban claramente planteados, a.3 que el acreedor debía constituir caución en cantidad especificada por el juez, a.4. que el deudor podía obtener el levantamiento del secuestro bien sea depositando caución o demostrando en una audiencia inmediatamente posterior relacionada con el tema que el secuestro era injustificado, y a.5. que si tal audiencia era el método utilizado para levantar el secuestro y recuperar la posesión del bien el deudor podría pedir compensación por daños y perjuicios así como costas judiciales; b) en contraste con la decisión anterior la Corte Suprema sostuvo en *Fuentes vs. Shevin*, 1972, que las leyes de Florida y Pensylvania sobre algunas medidas cautelares eran inconstitucionales porque: b.1. en ambos Estados la orden era expedida con la aprobación del Secretario Judicial u otro funcionario distinto del juez, b.2. en ambos Estados la orden para proceder al secuestro era expedida por la mera afirmación (*on the bare assertion*) del acreedor y su disposición a prestar caución sin requerir al menos prueba indiciaria de la deuda, b.3. ninguna de estas leyes permitía al deudor recuperar la posesión de sus bienes excepto mediante la constitución de una caución, y b.4. en ambos casos los procedimientos para la obtención de daños y perjuicios por parte del deudor no se consideraban como satisfactorios ni expeditos. 3) *Formalidades*: La CSJ ha señalado que las formalidades utilizadas por las diferentes agencias estatales en procesos pueden variar de acuerdo con las circunstancias, pero es fundamental en la garantía constitucional del debido proceso que se asegure a la persona la oportunidad de ser escuchada, y su corolario, mecanismos de notificación adecuados que le den suficiente tiempo a la persona para que le brinde una oportunidad efectiva de presentar sus objeciones. Dentro del derecho de audiencia se considera fundamental el derecho de presentar pruebas (*Morgan vs United States*, 1938) y de confrontar y de repreguntar a testigos aducidos por la contraparte (*Green vs. McElroy*, 1959). Sin embargo, la CSJ ha señalado que en circunstancias extraordinarias pueden omitirse estas garantías tales como en audiencias relacionadas con asuntos disciplinarios en prisiones estatales o en cuestiones disciplinarias que surjan en escuelas (*Wolf vs. McDonel*, 1974 y *Goss vs. López*, 1975, respectivamente). 4) *Patrocinio Legal*: En casos penales las enmiendas 6a y 14 hacen obligatoria la asistencia de un abogado en estos casos, pero en los casos civiles, la garantía constitucional del debido proceso no exige el nombramiento de un abogado gratuito; 5) *Motivación de las acciones estatales*: La Corte también ha señalado (*Burlington Truck Lines Inc. vs. United States*, 1962) que los funcionarios públicos deben dar una explicación, usualmente por escrito, justificando la acción que afecta adversamente a individuos o a grupos indicando en su decisión el funcionario público respectivo las razones y las pruebas sobre las cuales dicha decisión descansa, de tal forma que pueda impugnarse posteriormente; 6) *Pruebas ilícitamente obtenidas*: La CSJ ha desarrollado una regla de inadmisibilidad de pruebas (*exclusionary rule*) según la cual los medios de prueba obtenidos ilícitamente no son admisibles en el proceso penal. Si bien la CSJ acudió a la 14ª Enmienda, al debido proceso, en un

caso de los cincuenta (Rochin vs. California, 1952) al excluir pruebas obtenidas por la policía al bombear el estómago de un sospechoso sin el consentimiento de éste, las decisiones cruciales fueron tomadas en 1961 en Mapp vs Ohio cuando la CSJ señaló que la regla de exclusión era aplicable a los Estados de la federación con base en que la Enmienda 14^a prevé la extensión del debido proceso a estos últimos y en 1966 en el caso Miranda vs. Arizona. La regla de exclusión ha sido atenuada, pues, el país pagaba “un precio monstruoso por la regla de exclusión de pruebas en que parecemos habernos encerrado” (Coolidge vs New Hampshire, 1971) y así se adoptó una excepción de buena fe según la cual son admisibles pruebas ilegalmente obtenidas cuando el oficial de policía que conduce el registro en base a una orden expedida por un juez neutral, aunque la orden judicial sea posteriormente declarada nula (Massachusetts vs. Sheppard, 1984) y la sentencia condenatoria se mantiene si el oficial ha actuado de buena fe con respaldo en una orden de registro (United States vs. Leon, 1984).¹⁸

III.2. Países del Cono Sur: Argentina

En la mayoría de los países de Latinoamérica se reconoce el debido proceso como una garantía constitucional.¹⁹

En Argentina, ya incluso el texto primitivo (de 1853) de su Constitución actual consagra, en el artículo 18, el derecho de defensa en juicio. Hay que destacar que un rasgo propio del sistema argentino, como lo señala el constitucionalista Germán J. Bidart Campos, es que “el derecho constitucional argentino conoce ampliamente, a la manera americana, el desdoblamiento de la garantía del debido proceso: en sentido *sustantivo* o material, como principio de razonabilidad, y en sentido *adjetivo* o formal, como rito legal de tramitación de los procedimientos”,²⁰ aunque existen constitucionalistas, como Humberto Quiroga Lavié, que estiman que el artículo 28 de la Constitución argentina “no tiene precedente en la Constitución de los EE.UU.”.²¹ El

18 Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, Oxford University Press, Nueva York, 1993, pág. 330.

19 Cfr. H. Fix-Zamudio, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, ya citada y Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, 1991.

20 *La Corte Suprema*, Estudio Allende y Brea, Buenos Aires, 1982, pág. 117.

21 *Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, 3a. edición, Buenos Aires, 1993, pág. 460.

22 Sobre el debido proceso sustancial en la Argentina puede verse la obra de Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2a. edición, 1970, 241 págs. La CSJ Argentina al resolver con base en el artículo 28 -que impide a las leyes alterar los principios, garantía y derechos previstos en los artículos anteriores al 28 a través de la reglamentación del ejercicio de los mismos- “no ha utilizado la expresión debido proceso” (J.F. Linares, pág. 165), pero es ubicable dentro de esta institución la jurisprudencia de la CSJ, de la cual mencionamos algunos ejemplos. El primero es un caso de 1903 en que se declaró inconstitucional una ley de Tucumán que establecía un impuesto sobre la totalidad de la cosecha de azúcar sobre la base de un prorrateo de toneladas del artículo en que se calculó el consumo total del país. En otro caso -en 1964- la CSJ declaró inconstitucional la copartición forzosa de los honorarios individuales entre los abogados de cada jurisdicción, autorizada por una norma legal de la provincia de Entre Ríos, estimando que no había relación alguna- en cuanto al origen de los fondos- entre quienes aportaban y quienes eran beneficiarios del reparto sin haber participado en su formación. Un tercer ejemplo se refiere a un fallo de 1981

debido proceso sustantivo se consagra en el artículo 20 de la Constitución y ha sido entendido como un requerimiento de razonabilidad de las leyes²² y, aunque han sido muy pocos los casos en que ha sido aplicado el criterio de la razonabilidad para declarar la inconstitucionalidad de leyes, para J.F. Linares este hecho “no tiene importancia para la teoría”.²³ Quiroga Lavié estima que la exigencia de razonabilidad de las leyes -llamada garantía del debido proceso sustantivo- no está denominada en la Constitución Nacional (por ello Juan F. Linares la considera como garantía innominada): ella surge de los arts. 28,16, 17 y 33 constitucionales.²⁴

Merecen destacarse algunas decisiones de la CSJ argentina que se refieren al artículo 18 de la Constitución que consagra el debido proceso en su aspecto procesal. Esta garantía implica, que todo justiciable debe tener acceso expedito a un tribunal, el llamado “juez natural” (jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, en la terminología del artículo 18) y que nadie puede ser privado de sus derechos sino en virtud de un procedimiento fijado en la ley “que otorgue la posibilidad de defensa, de prueba y de sentencia fundada”.²⁵ La jurisprudencia de la CSJ ha señalado que: 1) En los casos en que un asunto sea decidido por organismos administrativos que impartan justicia debe la ley asegurarse que el proceso quede sujeto a posible “control judicial suficiente” (sentencia de 19-IX-60 en el caso Fernández Arias, Elena y otros contra Poggio, José) e igualmente ha entendido la CSJ que la garantía del debido proceso rechaza también el juicio arbitral que sea excluyente de un tribunal de justicia (sentencia de 29-III-67 en el caso Bussio Hnos. contra buque del Oro y F.A.N.U.); 2) la duración irrazonable del proceso es contraria al debido proceso (sentencia de 17-X-78 en el caso Mozzatti, C. y otro, proceso penal que llegó a la CSJ 25 años después de iniciado), también rige este criterio en procesos no penales (sentencia de 6-XI-80 caso S. y D., C.G.); 3) Se violenta esta garantía constitucional si no se respeta el principio de congruencia que rige en materia civil aunque en materia penal la sentencia puede exceder la pena solicitada por el ministerio público;²⁶ 4.) Para la validez de la cosa juzgada se requiere su compatibilidad con la garantía de defensa en juicio, no existiendo aquélla en procesos en que no se ha dado contradicción o estén viciados de dolo, fraude o estafas procesales (Fallos 238-10, 250-588 en el caso Tibold, José 1962).

Resulta de sumo interés ocuparse de tres doctrinas desarrolladas por la CSJ conocidas así: a) *sentencia arbitraria*; b) *exceso ritual manifiesto*; y c) *efectiva privación de justicia que suscita la indispensable intervención de la Corte*.²⁷ En cuanto al rubro a) la CSJ argentina considera que una sentencia para no incurrir en arbitrariedad debe ser “una derivación razonada del

en que la CSJ consideró que una ley provincial resultaba inconstitucional en cuanto eliminaba sin límite temporal (vitaliciamente) de la matrícula de procuradores a una persona que había sido condenada penalmente ya que la CSJ dijo que tal restricción a los derechos de representar en juicio resultaba irrazonable y descartaba en forma absoluta la posibilidad de recuperación ética de la persona.

23 *Op. cit.*, pág. 226.

24 Obra citada, págs. 458 a 460.

25 G. Bidart Campos, *op. cit.*, pág. 119.

26 G. Bidart Campos, *op. cit.*, pág. 128.

27 Augusto M. Morello, *El proceso justo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 178 a 191.

28 G. Bidart Campos, *op. cit.*, pág. 136.

derecho vigente en relación con las circunstancias de la causa”,²⁸ lo que hace que violen el debido proceso las sentencias “arbitrarias” que: carezcan de motivación y fundamentación suficientes, sean una mera afirmación dogmática del juzgador, que prescindan de pruebas o pretensiones decisivas para resolver el caso, apliquen derecho no vigente, o que resuelvan *contra legem*. En cuanto a la fundamentación de la sentencia lo que no debe ocurrir es que lo argüido en el fallo no permita vincular la solución del caso con el sistema legal vigente en otra forma que por la libre estimación del juez. b) La CSJ al desarrollar la doctrina del *exceso ritual manifiesto* apunta a señalar un vicio en el proceso: “el de emplear las formas procesales con desapego en el sentido esencial del proceso, que es buscar y realizar la justicia... es un abuso de las formas en desmedro de la verdad material u objetiva que desnaturaliza a aquel fin servicial e instrumental que debe cumplir el proceso”.²⁹ Suele citarse el caso “Coladillo” (de 18-IX-57) en que, en un proceso sobre responsabilidad civil por accidente de tránsito se aportó una prueba (licencia de conducir) después de decidido el caso en primera instancia, confirmada la sentencia en segunda instancia por reputarse extemporánea la prueba la CSJ sostuvo que el fallo ritualista “manifiesto” (grave y palmario) violaba el artículo 18 de la Constitución. También acudió la CSJ a esta doctrina en el caso “Gramajo, J.R. contra Oliveto, C. y otro” fallado el 29-X-81 en que la Corte dejó sin efecto un fallo que desestimó una pretensión resarcitoria del daño moral planteada por los padres de la víctima, so pretexto de que no estaba probado el vínculo de filiación porque la partida de nacimiento no estaba legalizada, y aunque esta fue posteriormente aportada el tribunal de apelaciones la habla desestimado. c) La tercera de estas doctrinas tendientes a proteger el debido proceso se aplica para resolver conflictos y cuestiones de competencia y así evitar que mediante declaraciones de incompetencia las personas se vean privadas de un proceso judicial. La intervención se hace “indispensable” si por el tiempo transcurrido y otros aspectos del caso se produce una privación de justicia (Orazzi, Néstor vs. Petroquímica General Mosconi S.A., 1989).

III.3. Países del Pacto Andino: Colombia, de la Constitución de 1886 a la de 1991

En Colombia la Constitución de 1886, ya derogada, disponía, en su artículo 26 que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio”. Para algunos autores colombianos esta norma consagraba la garantía constitucional del debido proceso “cuya infracción implicaría nulidades de tipo constitucional”.³⁰ Después de la reforma constitucional de 1936 esa norma mantuvo intacto su texto, pero pasó a ser el artículo 22 de la Constitución.

Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia N° T-436 de 1 de julio de

²⁹ G. Bidart Campos, pág. 141. Esta orientación coincide con lo señalado por el artículo 212 de la Constitución de Panamá que dispone que las leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros principios, en la “ausencia de formalismos” y en el reconocimiento de que “el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos, consignados en la Ley Fundamental”.

³⁰ Javier Henao Hidrón, *Constitución Política de Colombia (Comentada)*, Ed. Temis, Bogotá, 2a. edición, 1979, pág. 18.

1992, “tal artículo, junto con las normas que lo complementaban, fue considerado por la doctrina y la jurisprudencia colombiana, como el pilar básico del derecho fundamental al debido proceso sirvió también de fundamento a todos los códigos procesales e hizo que se anulara, por inconstitucional, cualquier sentencia que se hubiera producido con violación del debido proceso”.

La jurisprudencia colombiana parece haber entendido que esta garantía se extendía a todos los procesos y no sólo a los de tipo penal desde hace varias décadas,³¹ a diferencia de la jurisprudencia panameña sobre un texto similar.

La situación en Colombia vino a cambiar notoriamente con la expedición de la Constitución de 1991. Esta contiene un texto muy explícito que prevé esta garantía, aunque la Corte Constitucional opina que la nueva Constitución “no hizo otra cosa sino hacer explícitos algunos principios que se entendía implícitos y vigentes a la luz del texto anterior” (Sentencia N° T-436 de 1 de julio de 1992).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en torno al debido proceso se ha desarrollado sobre todo al resolver procesos de tutela,³² que es la designación que se da en ese país al proceso de amparo de garantías constitucionales.

En cuanto a la *reformatio in peius* la Corte Constitucional ha señalado en la Sentencia N° T-474 de 29 de julio de 1992, que el artículo 31 de la Constitución viene a completar los derechos fundamentales consagrados en los artículos 28, 29 y 30. Su texto es el siguiente: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

La Consagración en la Carta Política de la prohibición de agravar la pena impuesta al condenado cuando éste es apelante único eleva a nivel constitucional la garantía de la proscripción de la “*reformatio in peius*” y proyecta su aplicación al derecho penal.

Definición y alcance de la “reformatio in peius”

La prohibición de la “*reformatio in peius*” o reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 291). Ella es consecuencia de la regla ínsita en la máxima latina “*tantum devolutum quantarum appeiatum*”, en virtud de la cual se ejerce la competencia del juez superior. El ejercicio de las competencias judiciales radicadas en el juez superior y su límite suscitan y a la vez limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra.

31 Cfr: Néstor Pineda, *Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1963, pág. 175, respecto de sentencia de la CSJ colombiana de 13-XI-1928.

32 Cfr: Marcela Monroy Torres y Fernando Álvarez Rojas, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la Acción de Tutela*, Biblioteca Jurídica Diké, Santa Fe de Bogotá, Tomo II, 1a. edición, 1993, págs. 715 a 779.

La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, *una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso*. Al superior no le es dable por expresa prohibición constitucional empeorar la pena impuesta al apelante único porque el fallar ex-officio sorprende al recurrente, quien formalmente por lo menos no ha tenido la posibilidad de conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esta vía una situación de indefensión.

III.4. Centroamérica: Panamá

La CSJ sostuvo hasta los años setenta que la norma constitucional que consagra el debido proceso era aplicable solamente a procesos penales, pero hacia fines de esa década ese criterio cambió gradualmente (*Air Panama vs. Juez Segundo de Trabajo*, 1979).

La Corte ha señalado que son elementos que se desprenden del artículo 32 constitucional antes transcrito los siguientes: 1) el derecho a ser oído por un juez para lo cual deben surtirse las notificaciones de preferencia de manera personal y excepcionalmente mediante edicto. 2) El tribunal que conozca de la causa debe ser predeterminado por la Ley y el *Órgano Ejecutivo no puede asumir la función estrictamente jurisdiccional* por lo que a partir de 1991 se han declarado inconstitucionales leyes que consagraban la injerencia de ese órgano en la judicatura del trabajo sin norma constitucional expresa y una ley que otorgaba al Ministerio de Comercio e Industrias la facultad de dirimir controversias entre particulares sobre marcas de fábrica y patentes. 3) Se ha acudido al Derecho Internacional, específicamente al artículo 8 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para complementar las garantías del debido proceso en ellas previstos, lo cual se ha hecho a través de la doctrina del bloque de constitucionalidad.³³ 4) La prohibición de doble juzgamiento por los mismos hechos se entiende referida no sólo a los procesos penales sino también a los disciplinarios. 5) La CSJ ha sostenido en sentencia reciente (29 de octubre de 1992) que el artículo 32 encierra el derecho de acceso a los tribunales de justicia y se declaró allí que era inconstitucional un acto administrativo que aprobó una cláusula modelo de contratos de seguros, en que el poder de negociación del asegurado es limitado, que excluía a los tribunales de las controversias futuras y las sometía obligatoriamente a arbitraje.

IV. LAS NUEVAS DIMENSIONES DEL DEBIDO PROCESO

33 Este tema se expone en la obra citada en la nota 4.

34 Z. Brzezinski, *Out of Control. Global turmoil on the eve of the 21st. century*, Nueva York, 1993.

35 R.C. van Caenegem, obra citada en la nota 9, pág. 294.

36 *Access to Justice*, Ensayo presentado en la Conferencia del Banco Mundial sobre Reforma Judicial en América Latina y el Caribe, Washington, 13 y 14 de junio de 1994.

Nuestra época “post-utópica”³⁴ está poco interesada en constituciones políticas basadas en la religión, la filosofía o en utopías dogmáticas.³⁵ En el terreno legal esta tendencia contemporánea se proyecta, como ha sostenido Bryant G. Garth,³⁶ en que como punto de partida debemos reconocer que la solución para todo problema social o económico no necesariamente es su legalización: hay que rechazar pues la utopía legalista. No todos los problemas socioeconómicos son aptos para ser resueltos en un proceso judicial. De allí que se haga necesaria una mayor desjudicialización de ciertas controversias, tanto civiles como penales, y la adopción de reformas procesales que permitan mayor potestad discrecional a las Cortes Supremas para escoger cuáles casos decidirán.

Es evidente que el proceso paralelo de constitucionalización e internacionalización del derecho fundamental al debido proceso adquirirá nuevas dimensiones a medida que se consoliden las democracias de la región y los órganos judiciales asuman un papel más protagónico en el desarrollo de nuestros países.

Ese derecho fundamental significa ahora una mayor posibilidad de acceso a la justicia pero quizás para un número más reducido de controversias, reformas judiciales para hacer más expedito el proceso judicial y fortalecer la independencia judicial.

Por otra parte, también deben considerarse tres dimensiones adicionales del debido proceso: la posibilidad de prever medios alternativos de solución de conflictos, básicamente mediación, conciliación y arbitraje; la necesaria promoción de la participación de los grupos sociales en el proceso judicial y la adopción de procesos abreviados, preferiblemente orales. La proliferación de organizaciones sociales no gubernamentales en los campos de la protección al medio ambiente y a los consumidores y en el de los derechos humanos debe ir acompañada de mayores mecanismos procesales para la defensa de los intereses colectivos y difusos, ya no solamente en lo que se refiere al reconocimiento de la legitimidad procesal activa de estas asociaciones, sino en la consagración de procesos especiales, quizás abreviados, compatibles con el núcleo esencial del debido proceso pero adaptados a las nuevas realidades de nuestras sociedades.

Es precisamente por estas nuevas realidades, sobre todo las provenientes de la globalización económica y la revolución informática, que surgen nuevos retos para los Órganos Judiciales latinoamericanos³⁷ que deberán, al tiempo que se respeta el debido proceso, buscar una mayor eficacia de la administración de justicia.

³⁷ Cfr. J. Correa S. “Modernization, Democratization and Judicial Systems”, en la obra *Justice Delayed. Judicial Reform in Latin America*, Banco Interamericano de Desarrollo, Nueva York, 1998, págs. 101 y sig.

EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN VENEZUELA

Humberto J. La Roche^(*)

INTRODUCCIÓN

La organización de la Justicia Constitucional es fundamentalmente un problema de Estado. Ello obedece al hecho según el cual, dicha institución aparece en la actualidad como uno de los componentes de esa realidad jurídico-política.

De otra parte, la Justicia Constitucional supone la necesidad de reglas más o menos completas, las cuales determinan la organización del Poder Público y dentro del mismo, el funcionamiento de la nombrada institución.

En los diferentes países, esos mecanismos asumen diversas posiciones y modalidades. No obstante, es evidente que en la medida en que existe un cuerpo de normas jurídicas, debe contar con determinada jerarquía en cuya cúspide se ubica el Texto Fundamental de la República. Ello significa, en primer término, que la Constitución debe ser rígida. Por definición, una Constitución rígida es una norma superior a la Ley ordinaria. Controlar la constitucionalidad exige una normativa de ese tipo, porque la flexibilidad significa que todo es constitucional, o sea que no hay diferencia entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, lo cual no significa en forma alguna, como en el caso de la Gran Bretaña, que no existan ejemplos de ilegalidad. En otras palabras, los ingleses no practican el control de constitucionalidad, pero sí conocen el control de legalidad.

Se exige también que la violación de la Constitución tenga su sanción en el control de la constitucionalidad.

(*) Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (Sala Político-Administrativa).

La justicia constitucional debe estar en manos de un órgano independiente, de modo que no puede existir justicia constitucional si no media separación entre el órgano controlante y el órgano controlado. Sería pensar que encontrándose yuxtapuestos: el controlante y el controlado pudieran ejercer uno sobre otro funciones de control.

Por último, es indispensable un campo de libertad jurisdiccionalmente protegido. Si el catálogo de derechos subjetivos que integran ese ámbito de libertad no existiera, la misma tesis de control sucumbiría o quedaría reducida a su mínima expresión.

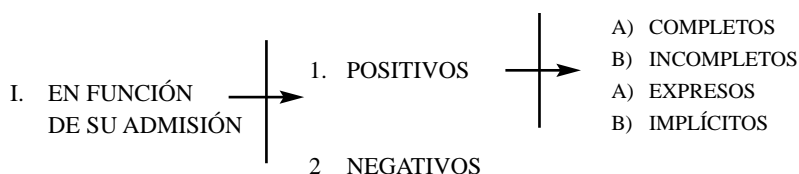
El Profesor argentino Pedro María Sagüés clasifica, dentro de un cuadro sinóptico, los diversos sistemas de control de constitucionalidad en el siguiente, orden:

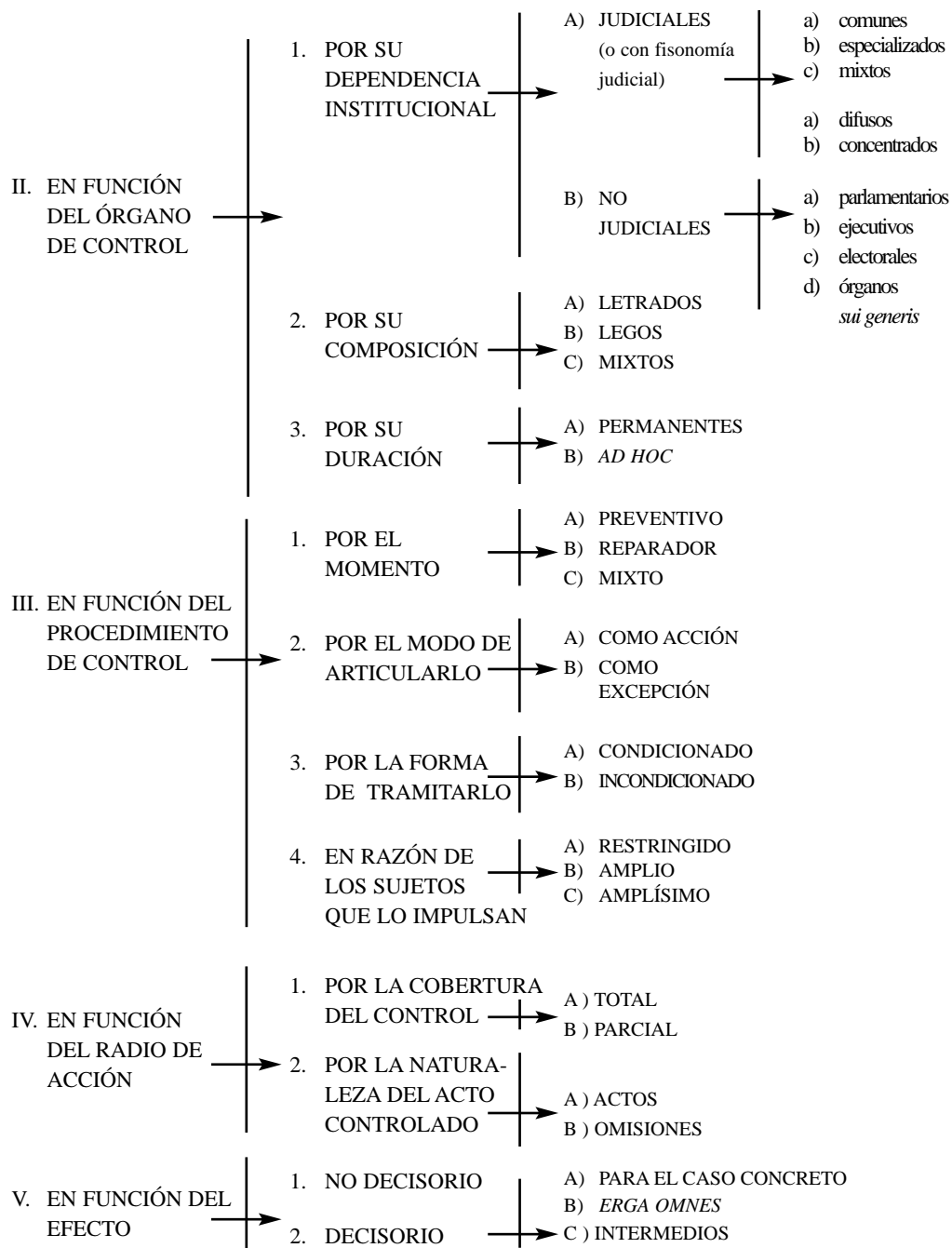
- a) En función de su admisión o rechazo: positivas o negativas.
- b) En función del órgano de control se subdividen en diversos tipos: 1) Atendiendo a la dependencia institucional del órgano de control, se distinguen los regímenes judiciales o con fisonomía judicial los cuales pueden ser comunes, especializados, mixtos, difusos, concentrados, y los no judiciales, que pueden ser parlamentarios, ejecutivos, comiciales o de carácter “*sui generis*”. 2) En razón de la composición del órgano de control, se clasifican en letrados, leigos o mixtos, y por su duración se dividen en permanentes o *ad hoc*.
- c) En función del procedimiento de control hay varias subclasificaciones: 1) En razón del momento, pueden ser: preventivo, reparador o mixto; 2) Por la forma de tramitarlo, condicionado o incondicionado.
- d) En lo que respecta a los sujetos que la impulsan, restringido, amplio o amplísimo.
- e) En función del radio de acción, el sistema de control es total o parcial. También puede ser por actos, omisiones o mixtos.

Finalmente, f) en función del efecto, son decisorios o no decisorios y los decisorios, con proyección al caso concreto, o *erga omnes*.

A mayor abundamiento se inserta aquí dicha sistematización:

**CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS
DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**





Vid. Néstor Pedro SAGÜÉS. *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, 1989, Pg. 366.

El objeto del control de la constitucionalidad radica en verificar si el contenido del acto impugnado (y las formas seguidas para su adopción), son jurídicamente conformes o compatibles con las disposiciones de la Constitución.

Dentro de la clasificación anotada, se distinguen dos grandes sistemas de control jurisdiccional: el difuso o americano y el concentrado o austriaco.

El Poder de control es difuso, cuando este se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios. Es concentrado cuando se centraliza en un solo órgano judicial.

Fundamentalmente, este trabajo se dirige a practicar un ligero examen del control difuso de constitucionalidad en Venezuela, el cual se encuentra previsto en el Art. 20 del Código de Procedimiento Civil en estos términos:

Quando la Ley Vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

La doctrina que yace como fundamento del control difuso de constitucionalidad esta revestida de gran sencillez y coherencia. Se trata, sin duda alguna de darle legitimidad jurídica a la sabia y brillante decisión, cuyo ponente fue el Juez Marshall; en el caso *Marbury contra Madison* en 1803. Dicha sentencia encuentra su formulación inicial en *The Federalist* (Vol. II, NQ LXXVIII, Pg. 294, New York 1988).

Lo esencial del control difuso se razona conforme a lo siguiente:

Los jueces están obligados a interpretar las leyes a fin de aplicarlas a los casos concretos que cotidianamente se someten a su decisión; uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquel según el cual, cuando dos disposiciones legislativas contrastan entre sí, el juez debe aplicar la que tenga preeminencia: tratándose de disposiciones de igual fuerza normativa, la preeminencia será indicada por los usuales criterios tradicionales: *Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialia derogat legi general*, etc., pero estos criterios carecen de validez cuando el contraste se presente entre disposiciones de diversa fuerza normativa; y así la norma constitucional, cuando la Constitución es rígida, prevalece siempre sobre la disposición ordinaria contrastante, del mismo modo, por ejemplo, que la propia ordinaria prevalece sobre el reglamento, concluye que cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual tenga relevancia una norma legislativa ordinaria opuesta a la norma constitucional, debe desaplicar la primera y aplicar, por el contrario, la segunda.

Es evidente que la Ley esta protegida por una presunción "*juris tantum*" de constitucionalidad. Ello significa que tanto la Ley como el acto del Poder Público en general, mantienen su vigencia mientras no haya sido declarada su inconstitucionalidad por la vía de la acción directa, con los efectos de la sentencia en el tiempo, que el más Alto Tribunal de la República determine, conforme a lo previsto en el Art. 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En la inconstitucionalidad por control difuso, la presunción mencionada existe. Lo que ocurre es que el Juez inaplica la Ley y ordena a quien pretenda aplicarla que se abstenga de hacerlo, mientras se decide la inconstitucionalidad impugnada por vía de acción.

Difieren en cuanto a sus efectos: la inaplicación de la Ley produce efectos inter-partes, mientras la declaratoria de nulidad genera consecuencias “*erga omnes*”.

I. ORÍGENES DEL CONTROL DIFUSO

En los Estados Unidos, la frase “*Judicial Review*”, se refiere a la técnica de control de constitucionalidad de las leyes y demás normas inferiores a éstas, vigentes en el derecho constitucional de ese país, las cuales no están expresamente contempladas en disposición alguna de la Constitución, pero que derivan de interpretación razonable de su texto. Tampoco se estableció en Ley, Reglamento o texto jurídico alguno. Puede decirse que fue el resultado de una serie de decisiones judiciales dictadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, a partir, del famoso caso *Marbury vs. Madison* (1803), en el cual el Juez Marshall, quien no era abogado sino militar, logró diseñar el modelo.

En el texto de la sentencia que dirime *Marbury* contra *Madison* pueden leerse entre otras premisas, las siguientes:

- 1) Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio, es verdadera la segunda, entonces, una ley contraria a la Constitución no es ley; por lo que las Constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza...

Más adelante señala:

Los que aplican las normas a casos particulares, deben por necesidad exponer e interpretar esas normas. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una.

Finalmente expresa:

Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar a la Constitución como ley suprema se ven reducidos a la necesidad de sostener que los Tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo la ley. Esta doctrina subvertirá los fundamentos mismos de

toda Constitución escrita. Equivaldría a que una ley totalmente nula de acuerdo a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria.

El autor argentino Carlos S. NINO desarrolla en un trabajo muy interesante la estructura lógica del razonamiento de Marshall en la nombrada decisión y concluye en lo siguiente:

Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial. (Vid. "Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad" en *Cuadernos y Debates*. No. 29, Centro E. Const. Madrid, 1991, Pgs. 99 y 100).

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La primera Constitución que estableció en Venezuela el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes fue la de 1811. Dicho texto se inspiró en el modelo norteamericano, consagrando una especie de control subjetivo (Ver Constitución de 1811, Cap. 9, aparte 287).

En el libro, *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, al tratar la evolución venezolana en materia de control de constitucionalidad, nos referimos a los siguientes períodos:

1) Control implícito, pero no expreso, de 1811 a 1858; 2) Control objetivo y judicial, de 1858 a 1864; 3) Control jurisdiccional, pero sujeto a ciertas limitaciones impuestas por el sistema de Estado Federal, de 1864 a 1893 y 4) Control jurisdiccional, objetivo y extenso, de 1893 al presente.

Del análisis de esta evolución deriva que, a partir de nuestra Constitución inicial, el país ha venido experimentando en materia de control jurisdiccional, cierta accidentada historia, hasta llegar a la época presente, con un sistema mixto o integral, donde las técnicas procesales se han utilizado para conjugar la superioridad de la Constitución con las transformaciones jurídicas que se han venido operando hasta llegar a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en 1977.

El modelo venezolano de control de constitucionalidad combina los mecanismos de control concentrado con el control difuso, caracterizándose este último por conferir a todos los jueces del territorio nacional, la potestad para dejar de aplicar las leyes inconstitucionales en los casos concretos sometidos a su conocimiento, de conformidad con lo previsto en el Art. 20 del Código de Procedimiento Civil. Allí, el control opera de oficio, por decisión autónoma del juez de la causa (cuestión de inconstitucionalidad), o a instancia de parte (excepción de inconstitucionalidad).

No podríamos silenciar, cuando tratamos el control difuso en Venezuela, el mecanismo contemplado en los artículos 3, 4 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Dicho texto contiene supuestos que autorizan al juez de amparo para inaplicar la norma, o en general, para suspender los efectos de la sentencia o acto administrativo, lesivos a los derechos constitucionales, mientras se tramita y opera decisión sobre la norma impugnada de inconstitucionalidad. Este fue, por ejemplo, el caso de los Directores y ex Directores del Banco Central de Venezuela, quienes pidieron amparo a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, para que se suspendiera el procedimiento de responsabilidad intentado por la Contraloría General de la República, mientras se decidiese la acción de inconstitucionalidad contra el numeral 15 del Art. 113 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual fue finalmente declarada sin lugar.

III. JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado con cierta frecuencia el control difuso de la constitucionalidad. En el caso Alexis Gómez Yemes, la Sala Político-Administrativa, en sentencia de 5 de junio de 1986, con ponencia del Dr. René De Sola, afirmó:

... aun actuando dentro de la esfera de su competencia -administrar justicia- (la Corte Suprema de Justicia), dictare decisión que en forma manifiesta viola alguno de estos mismos derechos o garantías, por ejemplo, condenando un reo a la pena de muerte. (*Vid.* Gaceta Forense, 1986, Vol. I, No. 132).

Se podría citar también la decisión de la misma Sala, en el caso Martín Wilfredo Sucre López, de 30 de octubre de 1996, cuando se solicitó la aplicación del control difuso en una cláusula contractual.

Al efecto, la Sala expresó:

La posibilidad de aplicación del control difuso de la constitucionalidad sobre actos de naturaleza contractual, como ocurrió en el caso analizado, es cuestión fuertemente debatida, de manera que aun cuando considerase esta Sala que la aplicación del control difuso fue hecha incorrectamente, ello no configuraría una extralimitación, que puede ser considerada como actuación fuera del ámbito de la competencia de la Corte Primera.

Otro caso de aplicación de control difuso de constitucionalidad se decidió por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, con fecha 14 de Octubre de 1990:

La Sala dictaminó que el *solve et repete* no debía aplicarse en casos contemplados por la Ley de Aduanas, ya que existe una violación del Art. 68 (derecho de defensa de la Constitución). (Ver Rev. de Derecho Público No. 44, 1990, pg. 164) (*Vid. La Jurisdicción Constitucional y lo Contencioso Administrativo en Venezuela*, por Humberto J. La Roche, Pg. 238).

En el caso Jackaroo Marine Limited, al cual se refiere el profesor Rafael Chavero en su ponencia ante el IV Congreso de Derecho Constitucional, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia desaplicó el Art. 49 de la Constitución, el cual exige como condición para intentar el amparo, que el accionante sea habitante de la República, para aplicar por control difuso, los Arts. 45 y 68 de la misma Constitución. En nuestro voto salvado a esa decisión, exponemos las razones por las cuales discrepamos de un criterio que dentro de la misma Constitución, deje de aplicar un dispositivo que es fundamental para ejercer la acción de amparo.

En decisión muy reciente, del día 5 del mes de mayo de 1997, la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, en el juicio de Pepsicola Americana S.A. mediante el cual interpusieron contencioso administrativo de anulación contra decisión de Procompetencia, aplicó el control difuso.

Considera dicho Tribunal que:

las decisiones dictadas por Procompetencia, vienen a resultar -según consideran- un exceso del legislador, al consagrar la suspensión automática de los efectos pues en algunas materias la Superintendencia resuelve sus actos administrativos, como actos multipolares a doble efecto.

Sobre la base de tales razonamientos, se acordó la inaplicación del Art. 34 de la Ley Procompetencia, de conformidad con lo establecido en el Art. 20 del Código de Procedimiento Civil.

IV. EVALUACIÓN DEL CONTROL DIFUSO

Finalmente, es interesante preguntar ¿Cuál de los modelos sucintamente estudiados es mejor?

Al sistema difuso o descentralizado de control de constitucionalidad se objeta lo siguiente:

1) Podría presentarse una situación por la cual, una misma Ley podría ser desaplicada en razón de que algunos jueces la estiman inconstitucional, mientras otros la aplicarían, ya que en su concepto no coliden con el Texto Fundamental.

2) Podría suceder que el mismo Tribunal, el cual ayer desaplicó una determinada ley, la aplica hoy por haber modificado su criterio, con respecto al problema de su constitucionalidad.

3) También se le critica al modelo de control difuso que podrían, inclusive, formarse verdaderas y auténticas contradicciones entre las tendencias de los órganos judiciales de di-

verso tipo y nivel. Por ejemplo, una mayor inclinación de los órganos judiciales inferiores integrados normalmente por jueces más jóvenes, por consiguiente, con menos vínculos con el pasado para afirmar la inconstitucionalidad de las leyes y, por el contrario, los jueces superiores (más antiguos), propenderían a considerar válidas las mismas leyes, como sucedió en algunos países.

4) Si se tiene razón o se está en error, dentro de esa situación, podría crearse una situación de tal naturaleza, que ello no dependería sino del hecho de acudir a un juez, en vez de otro, e inclusive después de que una de las partes hubiese obtenido resolución favorable en primera instancia, podría ocurrir que en apelación, la ley que fue desaplicada por el juez inferior, apoyado en criterio jurisprudencial de inconstitucionalidad, generalmente aceptada, por el contrario, se considerase aplicable por no ser inconstitucional, y así sucedería constantemente. Ello incidiría negativamente sobre el principio de la certeza del Derecho.

Es verdad que las técnicas procesales en materia de control difuso practicadas en algunos países, como México, en donde impera la técnica de la suplencia de la queja deficiente o el ejemplo de los Estados Unidos de América, con la institución del “*Stare Decisis*”, han aliviado primordialmente tales tensiones. No obstante, las observaciones quedan vigentes en otros países.

En cuanto a las ventajas del control difuso, se ha dicho que “a pesar de su indiscutible filiación liberal y republicana, la cual, por origen y doctrina le pertenece, nuestro sistema de control judicial difuso de la constitucionalidad, tiene un claro perfil que lo aproxima a la generalidad de los gobernados. Ellos pueden ejercerlo como un medio idóneo con que la sociedad cuenta para defender la órbita de su libertad frente a los desbordes del Estado y a la desnaturalización de las competencias”. (Vannossi, R., *Recurso Extraordinario Federal. Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, 1984, Pg. 45).

En Venezuela, es difícil precisar cual de los dos sistemas es mejor, aun cuando parece que el sistema mixto existente, no debe abandonarse. En tal sentido, dentro de la Comisión que prepara en la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el proyecto de Ley de Jurisdicción Constitucional, el debate está planteado y hay quienes proponen la extinción del control difuso previsto en el Art. 20 del Código de Procedimiento Civil, mientras nosotros insistimos en mantenerlo dentro del texto que se prepara. En esa forma, no perecerá ninguno de los modelos existentes. Al contrario, se perfeccionarían ambos, incluyendo dentro de su perfil funcional, interesantes instituciones que afloran en el Derecho Constitucional Contemporáneo, tales como el Control de la Constitucionalidad por Omisión, el *Habeas Data* y la Acción de Cumplimiento que hoy penetran en el ámbito del Derecho Constitucional.

Es forzoso concluir, para emitir un juicio de valor sobre la materia. Hoy en día, nuestra Corte Suprema de Justicia, principalmente su Sala Plena y su Sala Político-Administrativa, se ven abarrotadas de expedientes. Las reuniones de la Sala Plena, anteriormente se celebraban cada quince días. Hoy, los Magistrados de la misma se reúnen semanalmente para considerar prin-

cialmente, las acciones totales o parciales de inconstitucionalidad. Lamentablemente, no tenemos a mano estadísticas de última hora, pero consideramos que más de un sesenta por ciento de casos se consignan en los estrados, no solo por acción concentrada sino también por control incidental. Lo que sí es evidente es que la fuerza propulsora del control de constitucionalidad, es cada día más significativa en el país, demandando la creación de una Sala Constitucional, la cual hoy se justifica con más fuerza que nunca.

La Constitución rígida no es simplemente un nombre. Más que todo es una vivencia, la cual adquiere su expresión jurídico-política en la justicia constitucional, entendida como un sistema de valores, a los que se pretende dar contenido histórico-político, conformando en última instancia, un bloque axiológico y profundamente humano, que es desde donde se debe interpretar y entender.

Hacer la defensa de la Constitución no es abroquelar la inteligencia frente a las estructuras carcomidas y esclerotizadas del Estado de Derecho Liberal Burgués. Defender la justicia constitucional lo que significa es cerrar filas en derredor de los valores que han inspirado la irrupción del constitucionalismo en el escenario de la historia universal.

Precisamente, defender los planteamientos a los enfoques que sobre la justicia ha hecho el nuevo constitucionalismo es lo que permite concebirla como una instancia, con las posibilidades de ahondar y hacer más reales la democracia y la libertad. Y no parece lógico hablar de justicia democrática y libre en sociedades que ni son democráticas ni son libres.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LAS DECISIONES DE LOS ÓRGANOS POLÍTICOS DE LA OEA

Enrique Lagos^(*)

INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma, creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) cuya entrada en vigor se produjo el 18 de julio de 1978. La Corte, integrada por siete jueces nominados y elegidos por los Estados parte de dicha Convención, se instaló formalmente en la ciudad de San José de Costa Rica en 1979, constituyéndose junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en uno de los dos órganos de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. Dentro de la disposición amplia y común a los dos órganos que establece que a ambos les corresponde conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte (Convención, Art. 33), la Corte tiene además de las funciones jurisdiccionales las de carácter consultivo, ejerciendo ambas de conformidad con las disposiciones de la Convención, así como de su propio Estatuto y Reglamento.¹

Con este marco y de acuerdo a nuestro objeto de estudio, cabe señalar que según lo previsto en el artículo 65 de la Convención, la Corte debe someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización, en cada período ordinario de sesiones, un informe sobre su labor realizada en el año anterior. Agrega la Convención que de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará aquéllos casos en que un Estado no hubiere dado cumpli-

(*) Subsecretario de Asuntos Jurídicos de la OEA.

1 Ver: Fix-Zamudio, Héctor. "Lineamientos Procesales en los Procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: Nieto, Rafael (editor), *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Mars Editores, 1994.

miento a sus fallos. Asimismo su Estatuto (artículo 30) señala, además de la obligación antes referida, que la Corte puede proponer a la Asamblea General, a través de dichos informes, iniciativas o recomendaciones para el mejoramiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en lo relacionado con los asuntos de su competencia.

Por su parte, de acuerdo con las disposiciones de la Carta de la OEA (art. 91, f), al Consejo Permanente le corresponde, en primera instancia, considerar los informes de los Consejos, de la Secretaría General, de los Organismos y Conferencias Especializadas y de los demás órganos y entidades, debiendo presentar posteriormente a la Asamblea General, las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes. Precisamente, dentro de esta normatividad es que debe considerarse el informe de la Corte antes referido. Este informe es considerado, en primer término, por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente, la cual eleva a este último sus observaciones y recomendaciones acompañadas de un proyecto de resolución, que deberá ser sometido y aprobado finalmente, con o sin modificaciones, por la Asamblea General, todo ello de conformidad a la atribución que posee el órgano supremo de la Organización según lo dispuesto en el artículo 54, f de su Carta constitutiva.

De acuerdo con el procedimiento mencionado, que en la práctica es un ejercicio de relacionamiento entre los órganos políticos y la Corte, puede observarse que, no obstante la reconocida autonomía en el desempeño de sus funciones de acuerdo a las normas establecidas y aprobadas por los Estados miembros, la Corte se presenta como un órgano más, con sus propias características por cierto, dentro de la actual estructura del Sistema Interamericano. Dicho carácter se refleja en los informes anuales que debe rendir ante los órganos políticos de la OEA. En ese sentido, tanto la resolución sobre la Corte que aprueba la Asamblea General como las observaciones y recomendaciones del Consejo Permanente, constituyen instancias de evaluación política de los gobiernos en relación con las labores de la Corte, dirigidas al perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los Estados, que son los que han creado dicho Sistema y dentro de éste a la propia Corte, mantienen bajo el mencionado mecanismo y atribuciones respectivas, un atento seguimiento sobre la aplicación de las normas y, por cierto, ejercen también sus facultades para fortalecer y perfeccionar dicho Sistema cuando lo estimen conveniente. Por su parte, el informe anual de la Corte a través del recuento de sus actividades y recomendaciones, refleja la respuesta que dicho órgano brinda a la expresión política representada por los Representantes de los países miembros de la OEA, tanto en el seno del Consejo Permanente como en la Asamblea General.

Teniendo en cuenta los elementos planteados, el objetivo de este artículo será brindar una aproximación al relacionamiento existente entre la Corte y los órganos políticos de la OEA, asunto tan pocas veces examinado y menos aún estudiado sistemáticamente en su contenido, resultados y posibles consecuencias en el marco del Sistema Interamericano. Para acercarnos a dicho propósito, se han revisado las resoluciones de la Asamblea General en el período 1980-1997 relativas a las Observaciones y Recomendaciones del Consejo Permanente al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se han seleccionado algunos crite-

rios principales sobre la Corte que se han reiterado a lo largo de ese período. También se ha tenido presente las deliberaciones suscitadas sobre esta temática tanto en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos a partir del año 1990 como en lo actuado a lo largo de dieciocho años, es decir, desde 1980 hasta la fecha en la Primera Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Asamblea General.

1. LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA OEA RELATIVAS A LA CORTE INTERAMERICANA

Dentro del marco de las resoluciones de la Asamblea General adoptadas a partir del año 1980, ocasión en que por primera vez la Corte somete un informe anual de sus actividades ante la Asamblea General, pueden observarse algunos criterios fundamentales, que se destacan o que se presentan en forma reiterada a lo largo de los años por parte de los Estados Miembros:

a) *Importancia de la labor desarrollada por la Corte*

- Una constante en las resoluciones de la Asamblea General bajo estudio, es el reconocimiento de la importancia de la labor desarrollada por la Corte como órgano de protección de los derechos humanos en el continente y el hecho de habersele instado a que continúe con sus importantes funciones. El aspecto que se ha resaltado es la labor jurídica de la Corte ceñida estrictamente a derecho, como una actividad que prestigia al Sistema Interamericano.² Es indudable que los Estados aprecian, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, que la función jurisdiccional de la Corte tiene un singular valor, puesto que al haberse constituido como Tribunal único y autónomo, y estando en tal virtud habilitado para sentenciar independientemente incluso respecto a lo previamente acordado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, garantiza doblemente a los Estados parte que han aceptado la competencia de la Corte, el estricto cumplimiento de la normatividad de protección a los derechos humanos. Por otra parte, los representantes gubernamentales han destacado que por medio de la competencia consultiva, accesible a todos los Estados miembros de la OEA, se coadyuva de manera significativa al desarrollo doctrinario de las normas y principios sobre derechos humanos.

b) *Ratificación o Adhesión a la Convención y aceptación de competencia de la Corte*

- Otro de los asuntos que se ha presentado permanentemente ha sido la exhortación a los Estados miembros de la OEA para que ratifiquen o adhieran, según el caso, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Hasta la fecha con casi dos décadas de vigencia, sólo

² Sobre este particular cabe resaltar que durante la presentación del Informe Anual de la Corte ante la Asamblea General de Cartagena de Indias, por parte del Presidente de ese entonces, Dr. Thomas Buergenthal, este manifestó: "...The Court represents the most advanced method within the Inter-American system for depoliticizing the implementation and enforcement of human rights in our hemisphere". Ver, Décimoquinto Período Ordinario de Sesiones, Cartagena, Colombia, Diciembre de 1985. *Actas y Documentos*, Volumen II, Segunda Parte, Actas de la Comisión Primera, pág. 29.

veinticinco de los treinta y cuatro Estados miembros de la OEA han accedido a la misma.³ Los países que aún no son parte de la Convención son los siguientes: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Estados Unidos, Guyana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas.

- Como complemento del punto anterior, se ha reiterado la solicitud para que los países reconozcan la competencia obligatoria de la Corte. Según el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todo Estado parte de la misma puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin acuerdo especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la mencionada Convención. Dicha declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. De esto se desprende que no todo Estado parte en la Convención está obligado a comparecer ante la Corte, con lo cual el elemento coercitivo de aplicación de dicho instrumento jurídico se ve debilitado. De allí el interés de la Asamblea General de instar a los Estados miembros a que reconozcan dicha competencia. Actualmente, son diecisiete de los veinticinco Estados parte, los que han reconocido la competencia contenciosa obligatoria de la Corte.⁴ Los países que aún no han reconocido dichas competencias judiciales son Barbados, Brasil, Dominica, Grenada, Haití, México y República Dominicana.

- En los dos últimos criterios reseñados, que han sido reiterados año tras año, se refleja la tensión aún existente entre los aspectos normativos del sistema de protección internacional de los derechos humanos y las facultades soberanas de los Estados. Es decir, no obstante los extraordinarios progresos en materia de derechos humanos en el plano jurídico producidos en las últimas décadas, subsisten simultáneamente principios del derecho internacional tradicional, que limitan en alguna medida, la aquiescencia para que se verifique una plena participación de todos los Estados en el ámbito jurisdiccional internacional.⁵

c) *Pleno uso de las competencias de la Corte*

- Otro punto que se ha mencionado con alguna frecuencia, ha sido la exhortación para que los Estados miembros y otros órganos del Sistema, hagan uso pleno de las competencias de

3 Estados que han ratificado o adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

4 Los Estados parte de la Convención que han aceptado la competencia contenciosa obligatoria de la Corte son en orden cronológico: Costa Rica (Junio 1980); Perú (Enero 1981); Venezuela (Junio 1981); Honduras (Septiembre 1981); Ecuador (Julio 1984); Argentina (Septiembre 1984); Uruguay (Abril 1985); Colombia (Junio 1985); Guatemala (Marzo 1987); Suriname (Noviembre 1987); Panamá (Mayo 1990); Chile (Agosto 1990); Nicaragua (Febrero 1991); Trinidad y Tobago (Mayo 1991); Paraguay (Marzo 1993); Bolivia (Julio 1993); El Salvador (Junio 1995).

5 Ver, Carrillo Salcedo, Juan Antonio. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid: Tecnos, 1995, Cap. IV.

la Corte. Como lo disponen las normas pertinentes (Arts. 61 y 62 de la Convención) el acceso a la competencia contenciosa de la Corte está limitada a los Estados parte de la Convención y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que son los únicos que pueden someter un caso ante dicho tribunal debiendo estar referido a violaciones de los derechos y libertades protegidos por el Pacto de San José.

- En consecuencia, puede interpretarse que la invocación antes referida estaría dirigida, en primer lugar, a la Comisión para que después de una adecuada evaluación, someta casos a la Corte. Debe recordarse que por varios años la Corte estuvo limitada exclusivamente a su labor consultiva, y la labor judicial se ha ido incrementando en un proceso lento pero progresivo en su evolución.⁶ En la actualidad, con casi dos décadas de instalada, la Corte sólo ha tenido oportunidad de conocer veintidós casos contenciosos.⁷ Sin embargo, la intención principal de la exhortación comentada, parece más bien estar dirigida a promover las facultades consultivas de la Corte, teniendo en cuenta el fructífero resultado alcanzado -catorce opiniones consultivas-⁸ y ello unido a la pluralidad de sujetos que están legitimados para solicitar a la Corte su interpretación de las normas del Pacto de San José, respecto a otros tratados relativos a derechos humanos, así como a la compatibilidad de las leyes internas con las normas internacionales.⁹ En con-

6 Algunos Estados, sobre todo en los primeros años de funcionamiento de la Corte, señalaron la necesidad de que se active la competencia contenciosa de la Corte; así por ejemplo, un representante gubernamental decía "...Nuestra Delegación..., quiere instar una vez más a la Comisión... para que remita a la Corte casos que puedan ser de la competencia de ésta, una vez que haya sido agotada la opinión de la CIDH". Ver, Décimotercer Período Ordinario de Sesiones, Washington, D.C., Noviembre 1983. Actas y Documentos, Volumen II, Segunda Parte, Actas de la Comisión Primera, pág. 20. Asimismo cabe mencionar referencias de los propios Presidentes de la Corte, como la que hiciera el Doctor Buergethal, en ocasión de la presentación del Informe Anual de la Corte en Asamblea General realizada en Cartagena en 1985, en el que recordando el sexto aniversario de instalación de la Corte: "...In this six year period... the Court can point to some significant achievements and some failures. During that period, the Court decided five advisory opinions but only one contentious case"... "the contentious jurisdiction of the Court which may be resorted to by the States Parties to the Convention and by the Inter-American Commission on Human Rights has been invoked only once in the past six years"... "this state of affairs indicates that the Inter-American System for protection of human rights is not functioning in the manner provided for by the Convention". Ver, Décimoquinto Período Ordinario de Sesiones, Cartagena, Colombia, Diciembre de 1985. Actas y Documentos, Volumen II, Segunda Parte, Actas de la Comisión Primera, pág. 29.

7 Ver, "La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones y Retos", CP-CA-1130, Noviembre 1996, pág. 7. En este estudio elaborado por la Corte a solicitud de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, en cuanto al procedimiento contencioso se afirma: "En su carácter de órgano jurisdiccional del sistema, la Corte conoce o ha conocido 22 casos contenciosos. En éstos ha emitido 28 sentencias, correspondientes a excepciones preliminares, fondo, reparaciones e interpretación de sentencia".

8 *Ibid*, "La Corte y el Sistema Interamericano...", ver págs. 13-17 sobre El Procedimiento Consultivo.

9 Gros Espiell, Héctor. *Derechos Humanos*, Lima: Cultural Cuzco Editores, 1991, Cap. XXIV "Sobre la interpretación de las palabras o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos", en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

creto, se aprecia que los Estados han querido destacar a través de las Resoluciones de la Asamblea General, la utilidad del procedimiento consultivo para esclarecer los alcances de los principios y normas esenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

d) *Apoyo financiero y funcional a la Corte*

- Otro aspecto en el que han insistido los Estados, ha sido el relativo a que la Corte siga contando con el apoyo financiero y funcional de la Organización y de los Estados Miembros, a fin de que pueda cumplir con las altas funciones que le ha asignado la Convención. La OEA, dentro de sus limitaciones presupuestales, ha atendido en la medida de lo posible, la necesaria atribución de más recursos no sólo en favor de la Corte sino también de la Comisión. Vale destacar que el apoyo financiero e institucional para el mejor y más amplio desempeño de la Corte, se hace teniendo en cuenta la hipótesis de una creciente carga en sus actividades ante un aumento de los Estados y órganos del Sistema que hacen uso pleno de las competencias de la misma, así como ante el eventual acceso de un mayor número de Estados a la Convención y un incremento de países que reconozcan la competencia de la misma.¹⁰

- En alguna de las resoluciones se ha hecho una mención especial de agradecimiento a la Unión Europea por la contribución otorgada a la Corte para llevar a cabo el proyecto denominado "Apoyo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Este Proyecto, que actualmente está en su tercera etapa, cuenta con el financiamiento de la Unión Europea, y tiene como propósito principal coadyuvar al fortalecimiento y modernización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante el apoyo a las labores de la Corte, como por ejemplo, la publicación de la jurisprudencia y documentos relevantes del Tribunal, su automatización operativa y el mejoramiento de su biblioteca.¹¹

e) *Coordinación entre las actividades de la Corte y la CIDH*

- Una solicitud más reciente, ha sido la referida a que la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establezcan mecanismos de coordinación para que ambos órganos puedan, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, cumplir el objetivo de brindar una mejor protección de los derechos humanos en el hemisferio.

¹⁰ El financiamiento de las actividades de la Corte, siempre ha sido un aspecto difícil en la discusión del Programa-Presupuesto de la OEA, debido a que, aunque los Estados miembros reconocen que debe dotarse a dicho Tribunal de los recursos necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, las dificultades financieras por las que atraviesa la OEA, ha hecho que en la práctica dicho objetivo no sea atendido en toda su extensión según los requerimientos planteados. Así, por ejemplo, en 1996, en el XXVI Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de Panamá, se aprobó el presupuesto de la Corte para 1997 por un monto de US\$1,035,700.00, el cual por diversas razones de austeridad tuvo luego que recortarse en un monto aproximado del 10% sobre el monto original.

¹¹ Ver Resolución AG/RES. 1394 (XXVI.O/96), numeral 2 y Resolución AG/RES. 1474 (XXVII.O/97), numeral 3.

- Concretamente en la AG/RES.1112 (XXI-O/91) sobre Fortalecimiento de la OEA en materia de Derechos Humanos, se recomendó que se establecieran, en forma regular y periódica, mecanismos de consulta y coordinación entre la Corte y la Comisión. Asimismo se solicitó que la Corte incluyera en su informe anual, en forma detallada, los resultados de las reuniones periódicas de coordinación que mantuviere con la CIDH. En el año 1995, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente, opinó que la Corte debía continuar estrechando los lazos institucionales con la CIDH, y además, con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, resaltando la conveniencia de contar en lo sucesivo con un informe detallado sobre los resultados concretos de dicho relacionamiento.

En síntesis, los puntos señalados anteriormente merecen una especial atención porque si bien solo algunos están dirigidos directamente a las labores de la Corte, todos están orientados a tener una influencia significativa, en la medida en que pueden coadyuvar a ampliar la validez y espectro de las actividades que cabe a la Corte cumplir. No obstante, también debe reconocerse que existe un factor, el carácter autónomo y de cuerpo judicial de la Corte, que bien podría estar jugando un papel determinante en la ausencia de estipulaciones más puntuales y directas en las resoluciones adoptadas en el seno de la Asamblea General.

2. LAS OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES DE LOS ÓRGANOS POLÍTICOS

Teniendo en cuenta que muchas de las resoluciones aprobadas por la Asamblea General relativas al Informe Anual de la Corte, deciden “acoger y transmitir” a dicho órgano las observaciones y recomendaciones que se formulan en el Consejo Permanente, a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, se ha considerado pertinente para los propósitos de este artículo un examen de dicho contexto político. En ese sentido, se han revisado las opiniones y debates suscitados, a partir del año 1990, en ocasión de la presentación del Informe Anual por parte del Presidente de la Corte de las correspondiente labores de dicho órgano en el año precedente. Al mismo tiempo se ha tenido en cuenta el tenor de las intervenciones de los Representantes de los países en la Asamblea General con motivo de la presentación del Presidente de la Corte, desde 1980 hasta la fecha. En los referidos ámbitos políticos, pueden encontrarse algunas referencias más específicas acerca de la opinión de los Estados sobre las actividades y funciones que cumple la Corte.

Algunos de los criterios y asuntos que han destacado los Estados miembros son los siguientes:

a) Carácter de las observaciones y recomendaciones

Sobre esta materia aparece en las deliberaciones una discusión sobre el carácter que tienen las observaciones y recomendaciones del Consejo Permanente. Así, por ejemplo, puede anotarse que para algunos países lo único que resultaría pertinente es “transmitir” las mismas a la Corte, de la misma manera como ocurre cuando se toma “nota” del Informe de la Corte, pues-

to que de no verificarse de esa manera exclusivamente formal y de “toma de conocimiento” de unas -observaciones y recomendaciones del Consejo Permanente- y otro -informe de la Corte- respectivamente, podría “...ocurrir que la Corte se vea enfrentada en defensa de los derechos humanos, precisamente a ser juzgada por quienes ella juzga”. Algunas veces, se ha mencionado el tema de la autonomía de un tribunal como la Corte y el control que debieran ejercer los órganos políticos, comparándolo con los “controles constitucionales”, asunto también delicado y controversial, que no ha sido tampoco resuelto de una manera fácil y definitiva a nivel interno, pudiendo apreciarse distintas fórmulas y esquemas jurídicos en el hemisferio.¹²

b) *Coordinación y complementariedad de los trabajos entre la CIDH y la Corte*

- El tema relativo a la adecuada coordinación de los trabajos de los dos órganos de protección de los derechos humanos ha sido un asunto, que a medida que la Corte ha ido avanzando en sus funciones de carácter judicial, se ha vislumbrado en la atención de los Estados y se ha manifestado a través de sus observaciones y recomendaciones, en ocasión de la presentación de los Informes Anuales de cada uno de estos órganos. En parte también, el punto está relacionado con el hecho de que en las normas de la Convención no aparece un desarrollo detallado de las pautas para este relacionamiento, salvo el antes mencionado Artículo 33, aquéllos relativos a disposiciones comunes a los miembros de la Comisión y los jueces de la Corte, y otras actividades en que aparece la vinculación de ambos órganos (arts. 51, 57, 61 y 63).¹³

- En relación a esta cuestión cabe recordar que desde 1954 se venía esbozando la idea de la necesidad y conveniencia de establecer una corte internacional para garantizar la protección de los derechos humanos. Es por esta consideración, entre otras, que al crearse primero a la Comisión Interamericana en 1959 y después acordarse la inclusión de ésta como uno de los órganos principales de la OEA en el Protocolo de Buenos Aires de 1967 que reforma la Carta, no se le confieren facultades jurisdiccionales. De acuerdo a las normas y la modalidad como ha venido funcionando el Sistema, la Comisión y la Corte tienen competencias diferentes pero en gran medida concurrentes en cuanto a su finalidad. Sin embargo, la importancia de la Corte está dada por su carácter de único tribunal. Como lo señala en una de sus sentencias (Caso Velásquez Rodríguez, 1986), la Corte “...no actúa con respecto a la Comisión, en un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante” sino que ejerce su “...jurisdicción plena para considerar y revisar in toto lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión”.¹⁴

- En ese sentido, como lo afirma un ex-juez y ex-Presidente de la Corte, Héctor Gros Espiell: “...El sometimiento de un caso a la Corte no constituye una apelación. Siendo diferentes,

12 Ver: XXI Período Ordinario de Sesiones (Santiago, Chile, 1991), Actas y Documentos, Volumen II, Segunda Parte, págs. 52-53).

13 Ver: Márquez Rodríguez, Edith. “Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Nieto, Rafael (editor), *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*, op. cit.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia del 26 de junio de 1987, Serie C, No. 1, Párrafo 29.

aunque necesariamente vinculadas, las tareas que cumplen la Comisión y la Corte, ésta actúa no en vía de apelación o como forma atípica de un recurso de revisión, de casación o de nulidad, sino en ejercicio de una función jurisdiccional propia -que la Comisión no posee-, por medio de la que, al fallar, decide un caso que, para haber podido llegar a la Corte, tiene que haber sido antes considerado por la Comisión en la forma prescrita por la Convención. Como la Corte no es un órgano al que la Comisión está jerárquicamente subordinada, es obvio que debe concluirse que cuando se somete un caso a la Corte para que lo analice y decida, en el ejercicio de su competencia contenciosa, se está abriendo un procedimiento “sui géneris”, de tipo jurisdiccional que, aunque vinculado al necesario funcionamiento previo de la Comisión, no es un recurso de tipo jerárquico, ni una apelación, revisión, casación o anulación”.¹⁵

- Desde el año 1990, los Estados comienzan a manifestar una creciente atención por este relacionamiento y por el desempeño de cada órgano en el ejercicio de las respectivas competencias que a cada uno le señala la Convención exhortándolos a que establezcan mecanismos de coordinación y a que incluyan en sus respectivos Informes Anuales el resultado de las reuniones conjuntas. En la Resolución AG/RES. 1112 (XXI-O/91) se recomienda a la Comisión Interamericana “...Establecer, en forma regular o periódica, mecanismos de consulta y coordinación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

- En 1997, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente, tomó conocimiento que la Corte había celebrado reuniones con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para dar cumplimiento a varios mandatos de la Asamblea General en atención a previas resoluciones de la misma que encomendaban a la Corte y a la Comisión, como vimos anteriormente, establecer los mecanismos necesarios para cumplir una labor coordinada. En ese mismo sentido, la Corte elaboró un informe detallado de la reunión que sostuvo con la Comisión.

c) *Reforma del Reglamento de la Corte*

- Vinculado al tema anterior, también los Estados han manifestado la conveniencia de que tanto la Comisión como la Corte adecuen sus normas reglamentarias para llenar los vacíos de procedimiento y de relacionamiento entre ambos órganos. Así, por ejemplo, en su Informe Anual de 1997, la Corte da cuenta de la aprobación de una reforma integral de su Reglamento con vigencia a partir del 1 de enero de 1997. Con este acto culmina todo un proceso iniciado en 1993, año en que los Presidentes, tanto de la Corte como de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, contestaron las peticiones formuladas por el Consejo Permanente para que ambas remitieran sus observaciones acerca de las dificultades de orden práctico que hubieren observado en la aplicación, con arreglo a sus Estatutos y Reglamentos, de las disposiciones de la Convención Americana.

¹⁵ Gros Espiell, Héctor. *Derechos Humanos*, Lima: Cultural Cuzco Editores, 1991, Cap. XXI “El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, págs. 431-432.

- Por otro lado, el Consejo Permanente -a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos- también pudo apreciar en 1997 que la Corte había dado cumplimiento a lo encomendado por la Asamblea General mediante sus resoluciones AG/RES. 1333 (XXV-O/95) y AG/RES. 1417 (XXVI-O/96) sobre el proyecto de reglamento de incompatibilidades de los miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, asesores externos de la Comisión y estudiantes que prestan servicios gratuitos como parte de su entrenamiento en la Comisión. Asimismo, la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos solicitó que la Corte y la Comisión se reunieran con el fin de armonizar los textos reglamentarios sobre esa materia.

- El proceso de reforma del Reglamento de la Corte antes referido estuvo en gestación durante algunos años. Los cambios parciales fueron quedando resaltados en las observaciones y recomendaciones de la CAJP. Así, en el año 1996, esta Comisión incluyó en sus observaciones y recomendaciones el tema de la reforma del artículo 6.1 del Reglamento de la Corte relativo a las Comisiones. En las observaciones y recomendaciones del año 1994 se resaltó la modificación que la Corte había hecho a los artículos 24.4 (referido a las medidas provisionales y al caso de que la Corte no estuviera reunida), 45.2 (referido a las resoluciones de la Corte) y 26 de su Reglamento (referido a la presentación de la demanda) y la adición que había hecho al artículo 29 del mismo (referido al procedimiento escrito). Más que las modificaciones en sí mismas muy valiosas, debe destacarse, a los propósitos del presente artículo, el punto de vista expresado por algunas Delegaciones, mediante el cual se subraya la conveniencia de modificar el Reglamento y el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin tener que modificar la misma Convención, permitiendo así por una vía más expedita, esclarecer las discrepancias y solucionar las posibles dificultades que se presentan en la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) *Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

- Reconociéndose por parte de toda la comunidad interamericana la importante experiencia acumulada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a lo largo de más de tres décadas, su credibilidad y prestigio, así como el rol protagónico que jugó en el período de los regímenes autoritarios y las transiciones democráticas en América Latina, un tema recurrente a partir del inicio de la década de los 90s ha sido el interés de los Estados miembros de la OEA por abordar su perfeccionamiento y adecuación a las nuevas realidades políticas y sociales del hemisferio.

- Una expresión concreta en la dirección antes anotada, fue la adopción en 1991, durante la Asamblea General de la OEA en Santiago de Chile, del “Programa de Acción para el Fortalecimiento de la OEA en materia de Derechos Humanos” (AG/RES. 1112 (XXI-O-91)). En este Programa se incluye el siguiente mandato: “...Sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 76 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con la finalidad de mejorar y ampliar el sistema de protección de estos derechos, encomendar al Consejo Permanente que estudie la posibilidad y conveniencia de preparar, para la consideración de la Asamblea General, propuestas de enmienda a la citada Convención, para lo cual tendrá en cuenta las observaciones que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos formule al respecto”.

- Otro tema que fue objeto de un extenso debate hasta llegarse a un consenso es el contenido en una de las Recomendaciones dirigida a la CIDH, que dice: "...Que, al informar sobre la situación de los derechos humanos en los Estados miembros, haga referencia a las acciones de grupos armados irregulares y el efecto adverso que dichos actos provocan en el goce de tales derechos." Y otra, con alcance para todos los demás órganos pertinentes de la Organización -incluida la Corte- que establece: "...Solicitar al Consejo Permanente que realice un estudio tendiente a adoptar e incrementar mecanismos de colaboración jurídica entre los Estados miembros para combatir, con pleno respeto a las normas del estado de derecho, las acciones de grupos armados irregulares y grupos terroristas, y sus efectos sobre los derechos humanos en la población y sobre la estabilidad de las instituciones democráticas." Tal como se refleja en los debates que se suscitaron en el Consejo Permanente hasta alcanzar el consenso para aprobar la Resolución 1112, el trasfondo de la preocupación de los Estados estaba dado, principalmente, por la existencia de un Sistema que no había logrado consolidarse con la adhesión universal de todos los Estados miembros al Pacto de San José de 1969. El otro tema, dado el advenimiento de gobiernos democráticos en prácticamente todo el hemisferio, fue el problema en varios países del hemisferio de las violaciones de los derechos de las personas por grupos armados al margen de la ley y la creciente amenaza del terrorismo. Sobre ambos asuntos el Consejo Permanente, en Octubre de 1991, solicitó tanto a la Comisión como a la Corte sus observaciones y recomendaciones.

- En 1992, el Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, elevó un Informe al Consejo Permanente,¹⁶ en el que se refiere a los dos temas antes mencionados: a) Estudio sobre la posibilidad y conveniencia de preparar propuestas de enmienda a la Convención Americana de Derechos Humanos y b) Estudio sobre la posibilidad de adoptar mecanismos de colaboración jurídica para combatir las acciones de grupos armados irregulares y grupos terroristas, solicitando nuevamente, de acuerdo con la Resolución 1112, a los gobiernos de los Estados miembros y a los órganos competentes las observaciones y recomendaciones pertinentes.

- En noviembre de 1992, los Presidentes de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, envían una carta conjunta al Presidente del Consejo Permanente, en la que expresan que, aunque la posibilidad de enmienda de la Convención está prevista como un procedimiento extraordinario "...el conducto adecuado y permanente para actualizar y desarrollar la propia Convención no son las reformas de carácter formal, sino la aplicación e interpretación de las normas de la Convención por los órganos de la OEA". Asimismo, consideran que un procedimiento más flexible que el establecido en el Art. 76 -enmienda de la Convención- es el previsto en el Art. 77 sobre la proposición y aprobación de protocolos adicionales.¹⁷

16 Ver CP/doc. 2229/92 rev. 2, 4 de marzo de 1992.

17 Ver CP/doc. 2326/92 corr. 1, 25 de noviembre de 1992, "Respuestas de los Presidentes de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las dificultades que se hubieren observado en la aplicación de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

- En diciembre de 1994, la Corte envía una Nota al Presidente del Consejo Permanente, por medio de la cual da respuesta al párrafo c) de la Res. 1112, expresando sus observaciones sobre las violación de los derechos humanos producidas por grupos irregulares armados, grupos terroristas y otros grupos delincuenciales.¹⁸

- Continuándose el proceso que se reseña, la Asamblea General, con ocasión de las observaciones y recomendaciones formuladas por el Consejo Permanente al Informe Anual de la CIDH de 1995, decidió mediante la Resolución AG/RES.1404 (XVI-O-96), lo siguiente: "...Encomendar al Consejo Permanente que realice una evaluación del funcionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos con miras a iniciar un proceso que permita su perfeccionamiento, incluida la posibilidad de reformar los instrumentos jurídicos correspondientes y los métodos y procedimientos de trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para lo cual solicitará la colaboración de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que informe a la Asamblea General en su próximo período ordinario de sesiones".¹⁹

- Resulta pertinente comentar que un acontecimiento que dinamiza las prioridades temáticas y los trabajos de la OEA, fue la realización de la Cumbre de las Américas (Miami, Diciembre 1994). El Plan de Acción de la Cumbre de Miami, en lo que se refiere a "La promoción y protección de los derechos humanos", establece que si bien "...se han alcanzado avances considerables en materia de derechos humanos en el hemisferio... aún subsisten importantes vacíos en su instrumentación...", e invoca a los Gobiernos a que "...considerarán seriamente la adhesión a los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que aún no sean parte", así como también enfatiza que "...fortalecerán aún más a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En cuanto al tema "La eliminación de la amenaza del terrorismo nacional e internacional", se puntualiza que el terrorismo "...constituye una violación sistemática y deliberada de los derechos de los individuos y un asalto a la democracia misma..." recomendándose que se convocará a una "...conferencia especial de la OEA sobre prevención del terrorismo".²⁰

- Con estos antecedentes, durante los años 1995 y 1996, el Consejo Permanente a través de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, realizó varias reuniones para abordar la temática del terrorismo y convocar a una Conferencia Especializada sobre la materia.²¹ En abril de 1996, en cumplimiento de los mandatos de la Asamblea General de Montrouis, se realizó en la

18 Ver CP/doc.2541/94, 13 de diciembre de 1994, Nota de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dando respuesta al párrafo c) "Recomendaciones a los órganos de la Organización" de la resolución AG/RES. 1112 (XXI-O/91) "Fortalecimiento de la OEA en materia de Derechos Humanos".

19 CP/doc/687-1089/96.

20 Summit of the Americas. Dec. 9-11, 1994 - Miami, Florida. Cumbre de las Américas. Plan de Acción. 1. La Preservación y Fortalecimiento de la Comunidad de Democracias de las Américas. 2. La Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Pág. 10. 3. La Eliminación de la Amenaza del Terrorismo Nacional e Internacional. Pág. 15.

21 CP/doc.2663/95 y CP/RES.662 (1054/95).

ciudad de Lima la “Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo” que aprobó la “Declaración de Lima para Prevenir, Combatir y Eliminar el Terrorismo” y el “Plan de Acción sobre Cooperación Hemisférica para Prevenir, Combatir y Eliminar el Terrorismo”.²²

En dichos documentos se reitera la más enérgica condena a todas las formas de terrorismo, cualesquiera sean sus agentes y modalidades; repudia las graves consecuencias de esos actos que constituyen una violación sistemática y deliberada de los derechos de los individuos; y encomienda al Consejo Permanente que considere los medios y mecanismos apropiados para el seguimiento de las medidas adoptadas en la Conferencia Especializada. Los órganos de protección de Derechos Humanos, es decir, la Comisión y la Corte, fueron puestos en conocimiento de los acuerdos adoptados por los Estados miembros en esta materia.

- Por otra parte, durante los años 1996 y 1997 el Consejo Permanente, a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, realizó varias sesiones para considerar, dentro del contexto hemisférico de renovación antes reseñado, el mandato de la Resolución 1404 de junio de 1996, realizándose en abril de 1997 una Sesión Especial de la mencionada Comisión sobre “Evaluación y Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” con la participación de expertos gubernamentales, en la que se formularon conclusiones sobre el tema de la “Promoción Internacional de los Derechos Humanos” y se avanzó en la identificación de mecanismos y criterios para el perfeccionamiento de la protección internacional de los derechos humanos en el hemisferio. Esta reunión gubernamental, estuvo precedida por un importante Seminario sobre “El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos” organizado por la CIDH con participación de la Corte Interamericana y de expertos de renombre internacional en el tema.²³ Asimismo, el Secretario General de la OEA, Dr. César Gaviria, presentó un documento de trabajo sobre “Hacia una nueva visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, con importantes ideas y reflexiones.²⁴

- La Corte, a solicitud de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, presentó en noviembre de 1996, un trabajo titulado “La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones y Retos” que fue uno de los documentos de trabajo utilizado por los expertos en la Sesión Especial de la CAJP de abril de 1997.²⁵

- Como primer resultado de este ejercicio de evaluación y perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la XXVII Asamblea General de Lima, en junio de 1997, se aprobaron las Resoluciones sobre los siguientes temas: “Promoción Internacional de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano” (AG/RES.1489 (XXVII-O-97) y “Evaluación del funcionamiento y el perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos” (AG/RES.1488 (XXVII-O/97)).

22 Ver Declaración y Plan de Acción en *Informe Final - Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo*- Lima, Perú, del 23 al 26 de abril de 1996. OEA/Ser.K XXXIII. 1.2, 20 diciembre 1996.

23 Ver: OEA-Ser-L-V-II.95, doc. 28.

24 Ver: CP/doc. 2828/96

25 Ver: “La Corte el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones y Retos”, CP-CAJP/1130, 26 de noviembre 1996.

- De todo el proceso generado a partir de principios de la década de los años 90s puede apreciarse que los Estados están procurando identificar los nuevos retos que se presentan respecto a la vigencia y respeto de los derechos humanos en el hemisferio. Se está evaluando el Sistema y tratando de identificar los problemas políticos, institucionales y legales que podrían estar impidiendo una adhesión generalizada de todos los Estados miembros a los instrumentos jurídicos vigentes y con respecto al funcionamiento de los dos órganos de protección con que cuenta dicho sistema. En la resolución sobre la Promoción Internacional de los Derechos Humanos, se señala en relación a las labores de la Corte que: "...La promoción internacional deberá estar dirigida a estimular la conciencia de los derechos humanos, y con ello fomentar una cultura de tolerancia, paz y desarrollo en el hemisferio. Para ello hubo consenso en reiterar la exhortación a la firma, ratificación y adhesión de los instrumentos regionales en materia de derechos humanos, así como a aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Res. 1489, Numeral 2); "...El contenido de la educación y la difusión de los derechos humanos debería incluir, principalmente, todos aquellos derechos reconocidos internacionalmente incluyendo los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; los deberes correlativos y las garantías, recursos y procedimientos para la defensa de los derechos humanos previstos tanto en las leyes internas como en los instrumentos internacionales, así como los informes de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Res. 1489, Numeral 8).

3. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES SOBRE EL TEMA

En los párrafos anteriores hemos visto algunos aspectos que muestran a título representativo, cómo se ha ido diseñando y desarrollando la relación entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los órganos políticos de la Organización. Esta relación está enmarcada en variados aspectos que han reflejado de algún modo, la interacción de dos elementos: la autonomía de la Corte y, simultáneamente, su carácter de órgano del Sistema Interamericano que debe cumplir con ciertas obligaciones, como es la presentación de informes anuales ante el Consejo Permanente, a través de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, y luego, la aprobación de una resolución sobre su Informe Anual por parte de la Asamblea General. Dicha dicotomía, sin embargo, ha mantenido un perfil discreto y manejado con prudencia. Por ejemplo, se ha podido observar cómo la Comisión de Asuntos Políticos y Jurídicos del Consejo Permanente y la Asamblea General han reconocido y felicitado permanentemente a la Corte por sus labores y se han limitado a solicitar asuntos muy específicos. Asimismo, las recomendaciones de la Asamblea General, consolidan la posición de la Corte en un aspecto principal, cual es haber convalidado que sea la propia Corte la que vaya adecuando su normatividad a los nuevos requerimientos - a través de la modificación de su Reglamento- sin tener que plantearse aún la sugerida enmienda de la Convención, caso en el cual tendrían necesariamente que verse comprometidos los Estados a través de los órganos políticos de la OEA.

La Corte por otro lado, parece haber percibido que, en la medida en que cumpla con las solicitudes de los órganos políticos en forma diligente, mantiene bajo su control cualquier po-

sibilidad de interferencia con sus funciones y competencias. Sin embargo, no siempre los hechos se traducen en derecho. El derecho recoge la realidad y la adecua a un “deber ser”. Dicha adecuación, mientras más se aproxime a la realidad, tendrá mayores probabilidades de cumplimiento. Y la regla de derecho parece ser bastante clara en relación a la jerarquía de los órganos de la Organización, otorgando a la Asamblea General el lugar principal y, como instancia previa obligatoria, al Consejo Permanente.

Otro aspecto importante que se deduce del análisis de las observaciones planteadas en el seno del Consejo Permanente, está relacionado a la falta de universalidad en la aplicación del Sistema Internacional de Derechos Humanos, es decir, al hecho de que sólo veinticinco de los treinticuatro Estados miembros activos de la OEA sean parte del Pacto de San José, y de los primeros, sólo diecisiete hayan accedido a la competencia contenciosa de la Corte. Este hecho queda graficado, al presentarse año tras año, no sólo la invocación para que el Sistema de Derechos Humanos funcione en igualdad de condiciones para todos los países, sino también, en el proceso reiniciado en 1997, a nivel de los cuerpos políticos de la OEA, para evaluar cuidadosamente el Sistema con miras a su perfeccionamiento, de forma tal que pueda estar en condiciones de superar la dualidad existente y, a la vez, hacer frente a la nueva realidad democrática del hemisferio y a los desafíos que deberán afrontarse en el próximo siglo.

Cuando se afirma que este es un proceso “reiniciado”, se debe a que es fácil constatar como en varias ocasiones los órganos políticos de la OEA han manifestado su preocupación por el hecho de que no todos los Estados miembros son parte de la Convención Americana.

En conclusión, la relación jurídico-política entre la Corte y los órganos políticos de la Organización, ha sido relativamente coherente y armoniosa; sin embargo, a futuro, será necesario considerar, el impacto y los resultados de un perfeccionamiento del Sistema como el que se encomendara al Consejo Permanente en la Resolución 1404 adoptada en la Asamblea General de Panamá de 1996. ¿Cuáles serán los desarrollos de dicho mandato? ¿Cuáles serán las iniciativas y respuestas de la Corte? ¿Cómo preservará el órgano judicial y consultivo por excelencia del hemisferio, su carácter autónomo dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para cumplir con su objeto principal de garantizar la protección de los derechos humanos en el hemisferio, brindando a la vez, la seguridad jurídica que preocupa a los Estados miembros de la OEA?

EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA Y SU CONTENIDO

Paula Lizano Van der Laat^(*)

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema. 2. Aproximaciones conceptuales a la relación Estado-individuo. 2.1 Aproximaciones a los conceptos de Estado y Nación. 2.2 Relación entre Nación y Estado y su aplicación en la población. 2.3 Nacionales y Extranjeros, su relación con el Estado. 2.4 Concepto de Ciudadanía. 3. La relación individuo-Estado desde la perspectiva del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo y su influencia en el concepto de ciudadanía. 3.1 La justificación del liberalismo político. 3.1.1 El individuo en el Estado liberal. 3.1.2 El ciudadano y la libertad. 3.1.3 El papel del Estado liberal. 3.2 La justificación del socialismo. 3.2.1 El individuo en el Estado social de Bienestar. 3.2.2 La ciudadanía social. 3.2.3 El papel del Estado de bienestar social. 3.3 La justificación del comunitarismo. 3.3.1 El individuo Relación individuo-comunidad. 3.3.2 Ciudadano como miembro de comunidad. 3.3.3 El papel del Estado como comunidad solidaria. 4. Los derechos sociales y su influencia en el concepto de ciudadanía. 5. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El concepto de ciudadanía surge en los anales de nuestra historia como el *status* que se le concede a ciertos individuos frente a la organización política bajo la cual están sometidos. Cada época y cada sociedad con su respectivo Estado, le reconocerá, a ciertos sujetos, esta condición aparejada a determinados derechos y deberes.

^(*) Abogada, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Doctoranda del Programa de Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid.

La utilización tan frecuente de este término ha llevado a su uso para definir concepciones fundamentadas con criterios opuestos, lo que obliga a abocarse a la búsqueda de una mayor precisión conceptual de la figura. El concepto que se adopte de ciudadanía permitirá determinar el contenido de derechos fundamentales del que puede gozar el ciudadano. Debo advertir, que la doctrina actual no restringe el estudio de la ciudadanía frente al Estado, sino por el contrario, ha abierto nuevos horizontes a los cuales este concepto debe responder, cuales son los ámbitos supranacionales. Valga aclarar que para efectos del presente trabajo me limitaré al análisis del contenido de los derechos fundamentales del ciudadano ante el Estado.

Para cumplir con lo anterior, me he permitido estructurar el estudio en dos partes. En primer término, intentaré formular lo que debe entenderse por nacionalidad, extranjería y ciudadanía. Iniciaré dando algunas precisiones sobre los conceptos “Estado” y “Nación”, así como la relación entre ambos con el término nacionalidad y sus definiciones. Confrontaré el régimen de tutela del extranjero frente al nacional. Finalmente, se observará la incidencia que tiene cada uno de estos conceptos en la determinación del concepto de ciudadanía.

Delimitados estos conceptos, en el segundo acápite trataré de establecer la relación entre estos y las corrientes filosóficas del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo, con la intención de dilucidar el contenido de derechos que le confieren cada corriente al ciudadano ante el Estado. Para tal efecto, estableceré los rasgos principales de cada una de estas corrientes en cuanto a la construcción que han hecho de la relación entre el Estado y el individuo, así como la respectiva determinación de esta relación en el concepto de ciudadano y sus derechos fundamentales. Análisis que será finalizado con el principal aporte que han hecho la corriente socialista y la comunitarista, a la teoría de los derechos fundamentales, cuales son los derechos sociales.

Mi objetivo es entender los retos que ha sufrido la figura del ciudadano, tanto para captar sus cambios en el tiempo, como también para establecer su posible adaptación a los nuevos retos que debe enfrentar ante los cambios vertiginosos que se dan en la relación individuo-Estado.

2. APROXIMACIONES CONCEPTUALES A LA RELACIÓN ESTADO-INDIVIDUO

2.1 Aproximaciones a los conceptos de Estado y Nación

Desde un punto de vista semántico, nacionalidad se define como “la condición de nacional”, que conduce de inmediato a una noción subyacente, la de Nación.¹ Tal y como se afirma

¹ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *Lecciones de Derecho internacional Privado. Derecho de la Nacionalidad. Derecho de Extranjería*. Universidad de Oviedo: Servicio de Publicaciones, 1979, p. 3. y en un mismo sentido FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Derecho español de la nacionalidad*. Prólogo de Julio D. González Campos. Madrid: Editorial Tecnos, 1987, p. 19.

a través de la historia, el concepto “Nación” ofrece tantas dificultades,² pues es una de esas manifestaciones de las que no sabemos qué son, hasta tanto nos lo pregunten, complejo de explicar sin vueltas ni rodeos.³

Las definiciones que se hacen del concepto de “Nación”,⁴ suelen llevar aparejadas concepciones de corte sociológico, político, histórico o filosófico, pero por lo general, no revisten un carácter jurídico propiamente dicho.

Sin ser el objetivo de esta investigación hacer un análisis exhaustivo sobre un tema que ha sido tan tratado, tan sólo resaltar, que por lo general las diferentes definiciones sobre este concepto han versado en dos extremos. Por una parte, quienes defienden que el concepto de nación se compone de una serie de rasgos comunes que comparte una determinada población, tales como la raza,⁵ el idioma, la religión, la historia común, el territorio,⁶ entre otros. Esta ha sido la denominada teoría objetivista, naturalista o alemana sobre la nación. Concepción que caló mucho en la legislación latinoamericana, en donde se evoca la voluntad del “volk”.

Por otra, quienes alegan que la nación obedece a algunos elementos objetivos, pero sobresalen los sentimientos de pertenencia, a un deseo de vivir juntos, en fin, a una solidaridad. Y es esta unión, en última instancia, la que hace que el grupo aspire a una autonomía política. Dentro de esta segunda corriente denominada subjetivista, voluntaria o francesa, se encuentran

2 ARJONA COLOMO, M.: *Derecho Internacional Privado*. Parte Especial. Barcelona: Bosch, 1954, p. 2. En este mismo sentido, MOSTERIN afirma que este término confuso, oscuro y resbaladizo se ha visto: 1) como sinónimo de Estado, 2) como religión, 3) como la lengua y 4) como la raza. MOSTERIN, J.: *La noción de Nación*. El País, Febrero 1984.

3 BAUER, O.: *La cuestión de las nacionalidad y la socialdemocracia*. Primera edición. México: Siglo veintiuno editores, 1979, p. 23.

4 Es importante destacar que el concepto de nación, se le suele identificar con el de pueblo. Autores como Heller y Leibholz establecen que el lenguaje moderno ha hecho esta confusión, que obedece a la Teoría del Estado del siglo pasado. HELLER, H.: *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 179 y LEIBHOLTZ, G.: “Pueblo, nación y Estado” en *Revista de Estudios Políticos*, Núm 21, Madrid, 1952, pp. 21 y ss. Debo resaltar que existe una leve distinción entre la nación y el pueblo, el primero tiene una conciencia de sí mismo y una aspiración política, tal y como se verá más adelante.

5 Vid. en este sentido, Vecchio ha establecido que entre “estos vínculos, se presenta, ante todo, el origen étnico, por la etimología misma de la palabra: “natio quia nata”, después, la traducción histórica, las costumbres, el lenguaje, la religión, etc.” VECCHIO, G.: *Filosofía del Derecho*. Revisada por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Bosch, 1980, p. 426.

6 Hauriou establece que este elemento objetivo es imprescindible, ya que sino se tiene se estaría ante la presencia de un pueblo y no de una nación. HAURIU, A.: *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*. Editorial Ariel, 1971, p. 114. En sentido contrario, autores como FERNÁNDEZ MIRANDA, BLANCO y JELLINEK, afirman que el territorio no es factor social y político determinante, que lo fundamental es la población, ya que sin sujetos humanos no hay territorio, sino partes de la superficie terrestre. FERNÁNDEZ MIRANDA, T.: *Estado y Constitución*. Madrid: Espasa-Calpe, S.A., 1975; BLANCO ANDE, J.: *El Estado, la Nación, el Pueblo y la Patria*. Madrid: Editorial San Martín, S.L., 1985 y JELLINEK, G.: *Teoría del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981.

las construcciones de autores, entre otros, como Mancini,⁷ Hauriou,⁸ Bauer,⁹ Renán,¹⁰ Jellinek¹¹ o Fayt.¹² Esta concepción subjetivista se ve plasmada en textos internacionales, tales como la Carta de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Más allá de adoptar una u otra postura como la óptima, debo recalcar que estas concepciones están impregnadas de elementos sociológicos que tienen como punto de cohesión, el sentimiento de unidad en una determinada población, ya sea por los elementos subjetivos o por los objetivos. Para efectos de esta investigación, me inclino por una postura ecléctica, en donde se entienda que toda nación está determinada por algunos elementos objetivos propios de ese gru-

7 Por una parte, el profesor MANCINI, entendió como “Nación”, la “sociedad natural de hombres conformados en comunidad de vida y de conciencia social por la unidad de territorio, de origen, de costumbres y de lengua.” MANCINI, P.S.: *Sobre la Nacionalidad*. Edición de Antonio Pérez Luño. Traducción de Manuel Carrera Díaz. Madrid: Tecnos, 1985, p. 37. Establece que los elementos naturales (geografía común, raza y lengua) permitieron el desarrollo de los elementos históricos (costumbres, creencias y leyes), pero el punto de unidad de los elementos naturales e históricos encuentran su convergencia en la conciencia nacional. MANCINI, P.S.: *op. cit.*, pp. 27-37.

8 HAURIOU ha señalado que por “Nación” se entiende generalmente una agrupación humana en la que los individuos se sienten unidos los unos a los otros por lazos a la vez materiales y espirituales y se consideran diferentes de los individuos que componen otras agrupaciones nacionales. HAURIOU, A.: y otros. *Derecho constitucional e Instituciones Políticas*. Traducción castellana, adaptación a apéndice a cargo de José Antonio González Casanova. Barcelona: Ariel, 1980, p. 119.

9 BAUER señala que la “Nación” es una comunidad de destino, entendida, no como una mera homogeneidad ni como un mismo destino, sino como una vivencia común del mismo destino. Esta vivencia supone que se dé una recíproca interacción general a través de la lengua. Para BAUER, la lengua es tan sólo un instrumento porque no todos lo que hablan una misma lengua forman una nación, pero ninguna nación resulta posible sin una lengua común. Este autor critica las teorías que consideran que la “Nación” se forma por elementos materiales y espirituales estableciendo que salvo el territorio, todos los demás elementos se desprenden de una historia común. Sobre esta base, afirma que la “Nación” como comunidad de destino, sustituye “la mera enumeración de los elementos por un sistema: la historia común como causa eficiente, la cultura común y la ascendencia común como medios de su eficacia, y la lengua común, a su vez, como mediadora de la cultura común, simultáneamente producto y productora de ésta” BAUER, O.: *op. cit.*, pp. 134-137.

10 Según RENÁN la Nación no es hablar una misma lengua, ni el pertenecer al mismo grupo étnico, sino el poseer en común grandes cosas en el pasado y la voluntad de hacer otras en el futuro. La Nación es como un plebiscito cotidiano. RENÁN, F.: *¿Qué es una Nación?*. Traducción y estudio preliminar de Rodrigo Fernández-Carvajal. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

11 JELLINEK señaló que la nación es algo subjetivo y que resulta de cierto estado de conciencia. Un gran número de hombres se forman la conciencia de que hay entre ellos una multitud de elementos comunes de civilización. JELLINEK, G.: *op. cit.*

12 FAYT afirma que la “nación es una comunidad, determinada objetivamente por el nacimiento o su asimilación y subjetivamente por nexos sociológicos, como el lenguaje, la religión, los usos, costumbres y hábitos de vida, y psicológicos, como la voluntad de pertenencia y conciencia de poseer un origen un destino común, que se resuelven en determinadas formas de vida en común, cooperación y solidaridad.” FAYT, C.: *Derecho político*. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1993, p. 62.

po determinado. Sin embargo, debo resaltar que para disfrutar de estos primeros debe existir una comunidad natural, tal y como la definía Mancini, la cual esté orientada a una comunidad de destino, como lo establecía Bauer, con el propósito de un reconocimiento político.¹³ Sin este último elemento, no se podría denominar nación a cualquier comunidad.

¿Se puede hablar indistintamente de “Nación” o de “Estado”? Considero que no, con fundamento tanto en razones históricas como en cuanto a rasgos sustanciales diferenciadores de ambos conceptos.

En cuanto al primero, parte de la doctrina sostiene que la división entre los términos “Nación” y “Estado” surge a partir de los siglos XVIII y XIX, momento en el que la “Nación” aparece como base esencial y constitutiva del Estado.¹⁴ En otras palabras, que la formación de la construcción natural¹⁵ o la comunidad de destino son anteriores al establecimiento del Estado, siendo este último una construcción artificial.¹⁶ A esta enunciación se han dado críticas, ya que parte de la doctrina ha apuntado que no siempre la Nación ha precedido al Estado,¹⁷ ya que históricamente sólo en los países antiguos se da la formación primero de la Nación y luego del Estado, sirviendo de ejemplo los países de continentes como el africano y el americano, en los cuales es el Estado, a través de su formación, el que permite la construcción de la nación.¹⁸ En el caso de los Estados que les ha antecedido una nación, cuando esta última logra una unidad política se constituye en Estado. En otras palabras, no podría, como afirmé *supra*, identificarse los conceptos de Estado y Nación, ya que obedecen a configuraciones distintas, pese a su interrelación.

Al igual que el concepto de “Nación”, el “Estado” responde a diversos sentidos, de acuerdo a la amplitud o restricción que se le dé,¹⁹ las diferentes perspectivas van desde una de-

13 Vid. en este mismo sentido MAC IVER, R.: *Teoría del Gobierno*. Madrid: Tecnos, 1966, p. 157.

14 GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *op. cit.*, p. 3.

15 Tal y como afirma PÉREZ LUÑO, “... común a casi todas las doctrinas decimonónicas (... se entiende que) nación es una entidad natural mientras que el Estado es un producto artificial. Tesis a la que subyace que durante todo el siglo XVIII y buena parte del XIX se entiende que lo que es natural posee un valor, una razón de ser, superior a lo artificial”. MANCINI, P.S.: *op. cit.*, p. XXI-XXII.

16 A nivel doctrinario existe la discusión entorno a la necesidad o no de que la “Nación” se deba convertir en un Estado. Como representante de la postura a favor. Vid. HAURIOU, A.: *op. cit.*, p. 123.

17 Entre otros autores, RECASENS SICHES afirma que el ente estatal ha contribuido muy a menudo a la formación de la nación. “Muchas veces, la homogeneidad en el matiz o estilo cultural, las comunes tradiciones, costumbres e instituciones, así como la conciencia de un común destino, de un común futuro, son resultados debidos en parte a la acción unificadora de un poder político”. RECASENS SICHES, L.: *Sociología*. Buenos Aires: Editorial Porrúa, 1960, p. 503.

18 Entre otros autores, RECASENS SICHES, L.: *Ibid*; BURDEAU, G.: *El Estado*. Traducción de C. Armando. Seminarios y Ediciones, Madrid, 1975, p. 33; PEREZNIETO CASTRO, L.: *Derecho Internacional Privado*. Quinta edición. México D. F.: Harla, 1991, p. 30.

19 Vid. HAURIOU, A.: *op. cit.*, p. 118. En este mismo sentido vid. BISCARETTI DI RUFFIA, P.: *Derecho Constitucional*. Traducción Lucas Verdú, Madrid: Editorial Tecnos, 1973, p. 99 y KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Autónoma de México, 1979, p. 215.

finición de Estado como la situación de la persona o la cosa, la cual puede cambiar; la organización política de la Nación; o bien, en *estricto sensu*, el órgano gubernativo.²⁰ Para efectos de esta investigación, partiré del sentido del término “Estado” como una colectividad organizada jurídicamente en un determinado territorio,²¹ el cual por lo general, le son necesarios tres elementos para su formación, a saber: territorio, población y poder.²²

La importancia del territorio radica en considerar el mismo como una circunscripción en cuyo interior se ejerce el poder del Estado,²³ es decir, el ámbito físico en el que el Estado tiene su competencia exclusiva. La significación jurídica del territorio se exterioriza en una doble dimensión: negativa una, en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto a que las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado.²⁴

La característica de la “dominación”,²⁵ o bien el “monopolio de la coerción material”,²⁶ es lo que diferencia el tipo de poder que ejerce el Estado frente a cualquier otro tipo de asociación colectiva, pero además, al afirmar esta coerción tiene su base en una serie de normas jurídicas que le han dado la legitimidad a esa fuerza que tiene este tipo de organización.²⁷ Actualmente, debo advertir que esta característica está siendo cedida por el Estado ante los procesos de integración, ya que este poder “exclusivo” se va diluyendo ante instancias regionales mayores.²⁸

En cuanto a la población como tercera característica, se podría identificar con el concepto “Nación” que expliqué más arriba, aunque sí debo rescatar que se debe entender la pertenencia de los individuos a una comunidad, sea transitoria o permanentemente. En otras palabras, el hecho de un “individuo, aunque sea de manera transitoria, se encuentre sometido a un Estado

20 Vid. entre estos autores señalan los significados dados a este concepto, HAURIOU, A.: *op. cit.* p. 113. DUVERGER, M.: *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Editorial Ariel, 1970, pp. 44-45.

21 Vid. en este sentido, entre otros autores, DUVERGER, M.: *Ibid.*, DE VERGOTINI, G.: *Derecho constitucional comparado*, Editorial Espasa-Calpe, 1983, pp. 92-93 y FAYT, C.: *op. cit.*, p. 157.

22 Entre otros autores que han señalado estos elementos están JELLINEK, G.: *op. cit.*, pp. 295 y ss. HAURIOU, A.: *op. cit.*, pp. 118 y ss.

23 Vid. HAURIOU, A.: *op. cit.*, pp. 127-129.

24 JELLINEK, G.: *op. cit.*, p. 295.

25 Vid. *Ibid.*, pp. 320-324.

26 Vid. HAURIOU, A.: *op. cit.*, p. 150.

27 Vid. entre otros autores, KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Autónoma de México, 1979, p. 273.

28 Como ejemplo, es interesante resaltar como los Estados miembros de la Unión Europea han aceptado la supremacía del derecho comunitario frente al derecho interno, incluso al punto, que el derecho derivado comunitario viene a ser superior a la Constitución, es decir, que este primero se convierte en la jerarquía normativa en el primer instrumento legal que le permite al Estado ejercer su poder sobre un determinado territorio y una determinada población.

extraño, no sólo lo hará ser considerado como *subditus* del mismo, sino también como *cives temporarius*, que si bien tiene deberes públicos, tiene a su vez derechos de esta naturaleza”,²⁹ es decir, que el Estado tiene la potestad de ejercer sus competencias sobre un determinado territorio y sobre los nacionales o extranjeros que en él se encuentren.³⁰

2.2 Relación entre Nación y Estado y su aplicación en la población

De lo estudiado hasta el momento se desprende, que la “Nación” encuentra su reconocimiento jurídico a través del “Estado”, y a su vez la “Nación” le da un fundamento al Estado, sea anterior o posteriormente, a la formación de este último.³¹

El Estado como dentro sus elementos imprescindibles de formación necesita una población, pero entenderé ésta como aquella formada tanto las que pertenecen al grupo de los nacionales, es decir, a quienes residen regularmente en el territorio sobre el que ejerce su poder, como también a los individuos, que de manera permanente o transitoria, sin ser nacionales se hallan en el territorio de este Estado.³² En otras palabras, el monopolio de la coerción o poder ejercido por el Estado, el cual se plasma en el sistema jurídico que le ha otorgado su legitimidad, tiene un doble objetivo: el primario consiste en establecer las normas que rigen las relaciones de los miembros del grupo (es decir, los nacionales); y, el secundario, que estriba en promulgar los preceptos de derecho público que organizan la convivencia en el territorio.³³

En la actualidad, es miembro de la comunidad estatal, tanto el nacional como el extranjero, ya que sobre todo por las concepciones de derechos humanos incorporadas en las últimas décadas, han logrado que el extranjero no sea totalmente excluido, como lo era antes, de esta comunidad. Ahora el extranjero tiene dentro de la comunidad derechos y deberes, y, en cierto sentido, es un afiliado al Estado, un súbdito de éste.³⁴ Los conceptos aquí esbozados serán desarrollados en los apartados siguientes con mayor amplitud.

2.3 Nacionales y Extranjeros, su relación con el Estado

Sin pretender hacer un examen exhaustivo del aspecto histórico de la nacionalidad, me he permitido dar unos breves trazos de su evolución. En Roma se parte de la distinción entre

29 JELLINEK, G.: *op. cit.*, p. 306.

30 DIEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Tomo 1. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1980, p. 366.

31 Esto último tal y como lo analicé *supra* al relacionar históricamente el concepto de Nación con el del Estado.

32 ESPINAR VICENTE, J.M.: *Derecho internacional privado. La nacionalidad*. Segunda edición. Granada: Ediciones TAT, 1988, pp. 26 y 27. Tesis que reitera en su obra más reciente sobre esta materia. ESPINAR VICENTE, J.M.: *La Nacionalidad y la Extranjería en el Sistema jurídico español*. Con la coautoría de Elena Pérez Marín. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas, 1994, pp. 44-43.

33 En este mismo sentido, *Vid.* JELLINEK, G.: *op. cit.*, p. 306.

34 ARJONA COLOMO, M.: *op. cit.*, p. 3.

“*la natio*” como el grupo sociológico definitivamente constituido y el “*populus*” como agrupación unificada por el derecho.³⁵

En la Edad Media, surgen dos tipos de vínculos. Por una parte, la nacionalidad es entendida como la relación de fidelidad absoluta personal entre el súbdito y el señor feudal, y en último término, la del señor feudal con el soberano.³⁶ Por otro, la relación del natural de la tierra con el señor de ésta; vínculo que procede del hecho de pertenecer a una determinada comunidad territorial.³⁷

A partir de la Revolución Francesa, la nacionalidad se entiende referida a la Nación.³⁸ En este momento histórico de nacimiento del liberalismo, la “Nación” se presenta como un elemento imprescindible para la constitución de la nueva organización política: el Estado. La utilización de la “Nación” como vínculo sociológico posterior a la Revolución Francesa, hace que las relaciones de la persona con una comunidad política que simbolizan las naciones del “natural” y del “súbdito” se traslade ahora a la “Nación” y al “Estado”, respectivamente.³⁹ Tal y como lo decía *supra*, la Nación es el fundamento del Estado y el Estado le da reconocimiento jurídico, anterior o posteriormente a la formación de la Nación.

No existe acuerdo en la doctrina acerca del rumbo del concepto de nacionalidad en el siglo XIX. Por una parte, se señala que en este período, la nacionalidad era entendida como el vínculo sociológico, que luego pasa a ser un concepto jurídico al manifestarse en las relaciones con el Estado.⁴⁰ Por otro lado, se establece que en el siglo pasado existieron dos corrientes sobre la nacionalidad: una que la define como vínculo jurídico político, y otra, que la explica como vínculo sociológico.⁴¹

35 ARJONA COLOMO, M.: *op. cit.*, p. 11.

36 LETE DEL RÍO, J.M.: *La nueva regulación de la Nacionalidad*. Cuaderno Civitas. Madrid: Editorial Civitas, 1984, p. 16. En el mismo sentido, *Vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: *op. cit.*, p. 4 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *op. cit.*, p. 19.

37 GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *op. cit.*, p. 4 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *op. cit.*, p. 19.

38 PRIETO CASTRO Y ROUMIER, F.: *La nacionalidad múltiple*. Madrid: Consejo Superior de investigaciones científicas, Instituto “Francisco de Vitoria”, 1962, p. 5.

39 GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *op. cit.*, p. 4 y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *op. cit.*, p. 19.

40 ARJONA COLOMO, M.: *op. cit.*, p. 12.

41 LETE DEL RÍO, J.M.: *op. cit.*, pp. 5-6. En este mismo sentido señala DIEZ PICAZO, L.: y GUILLÓN, A.: “... a principios del siglo XIX, comienza a dibujarse la idea moderna de nacionalidad, que posee, en el pensamiento de los autores, una doble carga ideológica. La primera es la idea de nacionalidad como un vínculo que liga a un individuo o súbdito con un determinado Estado... Otra dirección, en cambio, piensa que por encima y por debajo del Estado existe o puede existir una realidad histórica, cultural y social llamada Nación, que constituye una auténtica comunidad natural de carácter orgánica, en razón de la unidad de destino, de historia y características culturales de sus componentes. La pertenencia a esta comunidad nacional no tiene que coincidir necesariamente con la sumisión al Estado como organización política...”. DIEZ-PICAZO, L.: y GUILLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen 1. Séptima edición. Madrid: Tecnos, 1989, p. 314.

Esta situación de contrasentido en la doctrina, a mi juicio, obedece a que la nacionalidad, en el siglo XIX, deja de ser un vínculo sociológico para pasar a ser parte de la definición de población de un Estado. En otras palabras, que al vínculo sociológico tradicional, se le agregará un vínculo jurídico. Es aquí donde la Nación y la nacionalidad tendrán evoluciones diferentes, ya que aunque ambas están relacionadas con el Estado: la primera es fundamento para parte de la población del Estado y la segunda, sin dejar de ser un vínculo sociológico, es reconocido jurídicamente a un determinado individuo frente al Estado como organización política. Consecuentemente, la nacionalidad, en este momento histórico, no dependerá sólo del contenido que se derive del término “Nación”, sino que además, supondrá un vínculo jurídico con la organización estatal. Podría, entonces, en lugar de hablar de nacionalidad hablar de “estatalidad”, ya que se da un reconocimiento jurídico de la nacionalidad, en sentido sociológico que guardaba estrecha relación con la teoría francesa de la que hablaba *supra*.⁴²

Esta concepción es matizada en el siglo XX por la aparición de la construcción marxista y, además por el concepto de autodeterminación de los pueblos que surge en el derecho internacional. Aunque sí debo rescatar que se mantiene el fundamento sociológico en su concepto.

Las definiciones que se encuentran del término “nacionalidad” responden a modos distintos de plantear la problemática que se estudiaba anteriormente, es decir, lo que ha supuesto la estatalización de la nacionalidad.

Bajo una perspectiva unitaria, se define la nacionalidad como la pertenencia o el vínculo jurídico de una persona a un Estado, es decir, en *stricto sensu*, se define nacionalidad como estatalidad.⁴³ Otros conciben la nacionalidad como el ámbito constituido de dos dimensiones simultáneas: una sociológica y otra jurídica.⁴⁴ En la primera, la nacionalidad es expresión jurí-

42 Sobre esta misma idea de la estatalidad de la nacionalidad, señala el profesor MIAJA MUELA que en “... rigor semántico, la nacionalidad debiera llamarse al vínculo de la persona con una nación, no con un Estado. Nombre más exacto para este último lazo es el empleado por los alemanes de Staatsangehörigkeit (dependencia de un Estado), que solamente por un neologismo o perfrasis muy forzados podrá aplicarse en las lenguas romances, en las que un largo uso ha consagrado la denominación de nacionalidad, cuya impropiedad puede salvarse distinguiendo su acepción jurídica, que es la que nos interesa, de la política o sociológica de dependencia con una nación”. MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado*. Tomo 2. Décima edición. Puesta al día, entre otros, por Manuel Díez de Velasco. Madrid: Ediciones Atlas, 1987, p. 19.

43 Entre otros que mantienen esta postura están: PÉREZ VERA, E.: *Derecho internacional privado*. Volumen I. Sexta edición. Madrid: Impresa, 1996, p. 169. El profesor DIEZ DE VELASCO, distingue que para algunos el vínculo jurídico supone un *status* civil, mientras que para otros responde al vínculo político entre la organización estatal y el individuo. DIEZ DE VELASCO, M.: *op. cit.*, p. 362. En el último sentido que apuntaba el profesor DIEZ DE VELASCO, lo aceptan PRIETO CASTRO Y ROUMIER, F.: *op. cit.*, p. 5 y ORTIZ MARTÍN, G.: *Derecho internacional privado de Costa Rica*. Edición del Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1969, p. 68.

44 Entre otros autores, esta postura está reflejada en la postura del profesor MIAJA MUELA, quien estableció que la sociológica sería la dimensión horizontal del individuo en la sociedad y la jurídica la relación vertical entre el Estado y el individuo. MIAJA MUELA, A.: Tomo 2. *op. cit.*, p. 20.

dica de un hecho social, es decir, de pertenencia a una comunidad nacional. En la segunda, la nacionalidad constituye un vínculo entre una persona y el Estado al que se halla sometido.⁴⁵ Esta doble dimensión ha sido criticada, ya que se le ha considerado una visión limitada, por lo que otro sector de la doctrina se ha propuesto el estudio de la nacionalidad desde una tridimensionalidad: política, jurídica y sociológica. La dimensión política se concreta en que el Estado determine quienes pueden ser sus nacionales, la dimensión jurídica en el contenido de derechos y deberes que tendrá el estatuto que rija a los nacionales y la dimensión sociológica como una realidad existencial.⁴⁶ Esta visión tridimensional, en realidad, a mi juicio, obedece a una división de la dimensión jurídica, pues el vínculo con el Estado no sólo supone una relación vertical entre el individuo y la organización política de que se trate, sino que esta relación le permite al primero hacerse adjudicatario de un estatuto de derechos y deberes.

Para efectos de este estudio y ciñéndome a la relación del individuo con la Nación y el Estado, coincido con la definición que ha hecho el Tribunal Internacional de Justicia en su decisión de 6 de abril de 1955, cuando establece que “... la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene fundamento en un hecho social de relación: una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes...”. En otras palabras, la nacionalidad obedece a dos dimensiones: por una parte a la pertenencia del individuo a una comunidad nacional con su respectivo vínculo sociológico, y por otra parte, a que con base en el vínculo sociológico el Estado reconoce al individuo, mediante un vínculo jurídico, propio de la organización política actual.⁴⁷

Tal y como lo analicé *supra* cuando me refiero al Estado y su población, el primero tiene la potestad de ejercer su poder sobre un territorio y sobre las personas que estén en él. En cuanto a estas últimas, entiendo que pueden ser tanto nacionales como extranjeros. De los primeros

45 GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *op. cit.*, p. 5. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *op. cit.*, p. 19. El profesor BOGGIANO utiliza esta misma distinción, pero llama al vínculo sociológico, nacionalidad de hecho y al vínculo jurídico, nacionalidad de derecho. Teniendo estos conceptos los mismos contenidos, respectivamente. BOGGIANO, A.: *La doble nacionalidad en Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973. Por su parte, el profesor ESPINAR VICENTE, hace varios matices en cuanto al vínculo jurídico. Por una parte, lo define como un vínculo jurídico-político, por ser éste entre el Estado y el individuo. Por otra parte, da dos ámbitos de aplicación al vínculo jurídico-político: uno, *ad intra* en cuanto a las regulaciones propias que hace el Estado; y otra, *ad extra*, ya que, según afirma, en el orden internacional, se consagra la nacionalidad como un derecho fundamental del individuo, en la medida en la que constituye el principal vehículo que utiliza este ordenamiento para instrumentar la protección de derechos humanos. ESPINAR VICENTE, J.M.: *Derecho internacional...* *op. cit.*, pp. 19-22. Por otro lado, el profesor ARJONA COLOMO hace la distinción entre vínculo social-político y jurídico, pese a que le da igual sentido al que hemos explicado arriba. En definitiva como él mismo lo expresa, “uno social (político) que hace referencia a la nación y otro jurídico, que hace referencia al Estado.” ARJONA COLOMO, M.: *op. cit.*, pp. 1 y 13.

46 MUELA MIAJA, A.: Tomo 2. *op. cit.*, pp. 22-23. Sin entrar a definir las, el autor LETE DEL RIO hace la misma división de dimensiones. LETE DEL RIO, M.: *op. cit.*, p. 17.

47 Es el vínculo sociológico lo que permitirá, como se analizará más adelante, que sólo los nacionales ostenten los derechos políticos.

me he referido a la definición en el párrafo anterior, pero en cuanto a los extranjeros debo advertir, que la doctrina, por lo general, los ha definido en sentido negativo de lo que se entiende por nacional, es decir, que el extranjero es quien no forma parte de una comunidad política.⁴⁸

El término extranjero supone, por una parte, que un individuo o su grupo sea llamado así ante a una determinada comunidad política de la que no forma parte. Por otro lado, se le reconoce como no nacional, tanto al que ostenta un vínculo con otro Estado o a quien carezca de éste, como el caso de los apátridas.⁴⁹

Al ser los extranjeros, provisional o permanentemente, parte de la población del territorio en que ejercer su poder un Estado, deben los no nacionales someterse al derecho interno del poder instituido. Las normas que dicta un determinado Estado con respecto a la población,⁵⁰ responden a tres grandes esferas. La primera, está compuesta por las disposiciones que debe acatar la población en general, tanto extranjeros como nacionales, se trata de normas de aplicación territorial, de seguridad pública y, en general, todas aquellas cubiertas por el concepto del orden público interno e internacional.⁵¹ La segunda esfera de normas, refiere a la regulación del disfrute de ciertos derechos y el cumplimiento de ciertas obligaciones que se les concederá sólo a los nacionales.⁵² Y finalmente, en la tercera esfera el Estado dicta un estatuto o conjunto de normas específico para el sector foráneo de la población.

Aunque no entraré en la evolución detallada de este concepto,⁵³ sí puedo afirmar que la misma se ha caracterizado por una progresión positiva⁵⁴ en la que el extranjero, como titular de derechos, tiende a equipararse con el nacional. Dentro de este grupo de población, existen varias distinciones,⁵⁵ la primera surge entre los extranjeros “privilegiados” y los “desfavorecidos”. La disparidad aparece en que los primeros gozan de ciertos privilegios e inmunidades en razón de sus labores diplomáticas u oficiales. La segunda particularidad está en el otorgar un “estatuto especial” a quienes tienen una doble nacionalidad. Estas diferentes normas, que ri-

48 Entre otros, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: *op. cit.*, p. 123. y en igual sentido, DIEZ DE VELASCO, M.: *op. cit.*, p. 366.; ESPINAR VICENTE, J.M.: “*La nacionalidad ...*” *op. cit.*, p. 23.; PÉREZ VERA, E.: *op. cit.*, p. 227.

49 Entre otros, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *op. cit.*, p. 123. y en igual sentido, DIEZ DE VELASCO, M.: *op. cit.*, p. 366.

50 En palabras de KELSEN la población del Estado es el ámbito personal de validez del orden jurídico nacional. KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 276.

51 DIEZ DE VELASCO, M.: *op. cit.*, p. 367.; y en igual sentido, *Vid.* ESPINAR VICENTE, J.M.: “*La nacionalidad ...*”. *op. cit.*, p. 28.

52 El término nacional se utiliza en este caso en sentido amplio, ya que más adelante se hará la distinción con el concepto de ciudadanía.

53 Para tener una definición sucinta de la evolución del concepto de extranjero, *Vid.* PEREZNIETO CASTRO, L.: *op. cit.*, pp. 82-83.

54 PÉREZ VERA, E.: *op. cit.*, p. 227.

55 GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: *op. cit.*, pp. 125-126. En igual sentido, *Vid.* PÉREZ VERA, E.: *op. cit.*, p. 228.

gen la vida de los extranjeros en un Estado determinado tienen una dimensión predominantemente interna, y depende en gran medida, del Derecho estatal, salvo ciertas obligaciones impuestas por el Derecho internacional público.⁵⁶

2.4 *Concepto de Ciudadanía*

El concepto de ciudadanía, en nuestros días es una noción muy compleja que no ha terminado de definirse y que continúa en constante evolución, tanto en lo referente a quienes son los adjudicatarios de este *status*, como en cuanto de los derechos y alcances que supone el mismo. En este momento histórico podría definir la “*ciudadanía como el derecho básico del hombre para nada más que el derecho a tener derechos*”.⁵⁷ El problema actual de este concepto es que existen no sólo diferencias en cuanto a las actuaciones gubernamentales, sino también, diferencias filosóficas sobre la naturaleza de ciudadanía como tal y su relación con los problemas sociales.

En todo caso, considero que la diferenciación del concepto de ciudadanía con respecto al concepto de nacional, de extranjero o de población ante un Estado, puede suponer al menos una primera brecha de estudio. En este ámbito, el concepto de ciudadanía no es unívoco, ya que al menos hay tres grandes significados que identifican a este determinado grupo de individuos dentro de un Estado. En un sentido amplísimo, se puede entender ciudadano como cualquier miembro de la “sociedad civil” en cuanto realidad diferente de, y opuesta a, la “sociedad polí-

56 PÉREZ VERA, E.: *op. cit.*, p. 228. En igual sentido, *Vid.* RIGAUX, F.: *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Traducido y adaptación al derecho español por Alegría Borrás Rodríguez. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 162.; y, DIEZ DE VELASCO, M.: *op. cit.*, p. 367.; y MARÍÑO MENÉNDEZ, F.: *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales en su Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1996, p. 118. Esta última esfera, ha ido acompañada de un fuerte proceso de internacionalización que podemos analizar en dos etapas que se han dado en este siglo. En la primera mitad del siglo XX, surgen una serie de convenios bilaterales o multilaterales sobre el derecho de extranjería. Como antecedentes en el continente americano tenemos las siguientes normas internacionales: Convención relativa a los derechos de extranjería, 29 de enero de 1902, Segunda Conferencia Internacional Americana celebrada en México D.F., Convención sobre condiciones de los extranjeros, 20 de febrero de 1928, Sexta Conferencia Internacional Americana elaborada en La Habana. En la segunda mitad aparece la normativa del Derecho internacional de los derechos humanos y con ello se tutela, entre otros, el reconocimiento de la persona en general por su condición de ser humano. Se ha dicho que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 16 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Recientemente se ha aprobado la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en el que viven (1985). A nivel regional existen las siguientes normas que tienen el mismo sentido del sistema universal: artículo 1 del Convenio para la Salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), artículo 2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969) y el artículo 1 Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981). IIDH. Disco Compacto: *Dimensión jurídica de los derechos humanos*. San José (Costa Rica), 1995.

57 Ante la inconsistencia del concepto, autores como HEATER hacen este tipo de afirmación. HEATER, D.: *Citizenship: the civic ideal in world history, politics and education*. First published. Singapore: Longman Singapore Publishers., 1990, p. 247.

tica”, es decir al Estado.⁵⁸ Tal y como lo analicé *supra*, entendiendo ciudadano como cualquier miembro de la población, sea éste nacional o extranjero, que esté bajo el poder de dominación y en el territorio de un determinado Estado. En un sentido amplio, sin embargo menor que el anterior, como es el caso de cierto sector de la doctrina,⁵⁹ como también de algunas legislaciones de origen anglosajón, se utilizan los términos nacionalidad y ciudadanía, indistintamente, presuponiendo la existencia del ligamen nacional.⁶⁰ Bajo esta visión, entendería el concepto de ciudadanía como el *status* que se le otorga a un conjunto de individuos que son nacionales en un Estado, es decir, aquellos individuos que tienen un vínculo sociológico y jurídico con la organización política a la que pertenecen. Por último, en un sentido estricto, existe la diferenciación entre los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, “no son idénticos en el tecnicismo científico, por más que algunas veces se confunden”.⁶¹ Si se adoptara esta postura tan precisa debo advertir que el poseer la condición de nacional, no supone tener cabida inmediata a la adjudicación de la condición de ciudadano. En otras palabras, cada ordenamiento jurídico determinará qué otros prerequisites, aparte de la nacionalidad, deben cumplirse para la obtención del *status* de ciudadano.⁶² Por las razones anteriores, en este sentido estricto, puedo establecer que si bien todo nacional no es ciudadano, todo ciudadano debe ser nacional.⁶³

En definitiva, la expresión “derechos humanos” y su aplicación universal con respecto a los ciudadanos depende de la corriente doctrinaria que se siga.⁶⁴

3. LA RELACIÓN INDIVIDUO-ESTADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL LIBERALISMO, EL SOCIALISMO Y EL COMUNITARISMO Y SU INFLUENCIA EN EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA

Con el fin de conocer el fundamento que tienen cada una de las concepciones de ciudadanía antes mencionadas, me ceñiré al estudio de tres corrientes filosófico-políticas que se han dado a la labor de estudiar la relación individuo-Estado. Esta relación me permitirá determinar

58 GUASTINI, R.: “Derechos: Una Contribución Analítica.” Traducido por Andrea Greppi. en A.A.V.V. *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Edición de José María Sauca. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 137.

59 Dentro de la doctrina española en este tema, VICENTE ESPINAR y PRIETO-CASTRO ROUMIER.

60 GUASTINI, R.: *op. cit.*, p. 137.

61 ARJONA COLOMO, M.: *op. cit.*, p. 15. En un sentido parecido afirma el profesor MIAJA MUELA que esta similitud de términos no es la más afortunada ya que se basa en un forma política ya superada. MIAJA MUELA, A.: Tomo 2. *op. cit.*, p. 20.; y, FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *op. cit.*, pp. 22-23.

62 Entre los prerequisites que se suelen mencionar en los ordenamientos jurídicos internos podemos mencionar el pleno uso de las facultades mentales y el haber alcanzado una edad determinada, que por lo general coincide, con el alcanzar la “capacidad de actuar” a lo que hacen referencia los civilistas.

63 En igual sentido *Vid.* ARJONA COLOMO, M.: *op. cit.*, p. 15.; y, MIAJA MUELA, A.: Tomo 2. *op. cit.*, p. 21.

64 *Vid.* en igual sentido HÄBERLE, P.: “El concepto de los derechos fundamentales.” en A.A.V.V. *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Edición de José María Sauca. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

cuáles individuos se les considera como ciudadanos, para así conocer los derechos fundamentales que se les han concedido.

Antes de entrar en el análisis de cada una de estas posturas y sus respectivas críticas, debo esclarecer los valores que han dado el fundamento a los derechos fundamentales. Dentro de los valores de la ética de la modernidad que dan fundamento a estos derechos fundamentales, coincidiendo ambos en su remisión última a la dignidad, existen dos grandes manifestaciones: la libertad y la igualdad.⁶⁵

Pese a la multiplicidad de clasificaciones que ofrece la doctrina, me permito resaltar dos, que considero representativas, en razón del estudio que supone la relación entre los derechos concedidos al ciudadano y el papel que juega el Estado, tanto en la provisión como en su garantía. Una primera clasificación se enmarca en el destinatario del derecho, es decir, ofrece el perfil al que debe responder el ciudadano, ya sea ideal o situado. Por otra parte, existe otra clasificación en donde lo que se resalta es la proyección de los derechos, en la cual se establece la función del Estado o de la comunidad social, con respecto a los derechos de los individuos.

En cuanto a la postura del destinatario, hay dos maneras para traducir estos valores en derechos. Por una parte, con la contemplación de un sujeto moral, abstracto y universal que busca proteger la dignidad del ser ideal, con lo cual se dan fundamentaciones abstractas. Mientras que si se contemplan esos valores con relación a condiciones materiales de existencia, es decir, a un sujeto situado, se estaría ante fundamentaciones históricas.⁶⁶ En apoyo a esta última postura, la más connotada doctrina ha reconocido que los derechos fundamentales que han ido aparejadas a los ciudadanos, obedecen a procesos históricos. Los derechos fundamentales no son instituciones inmutables, son instituciones históricas, que adquieren sentido de acuerdo al contenido que se haya dado a los mismos y al concepto de Estado que se maneje.⁶⁷

Mientras que si se analiza la situación del ciudadano de acuerdo a la proyección de los derechos,⁶⁸ se debe distinguir entre las justificaciones liberales y las justificaciones sociales. Las primeras otorgan el fundamento de los derechos fundamentales, en la esfera de la libertad individual, dejando el papel del Estado en un respeto de estos derechos, en la no interferencia. En el caso de las justificaciones sociales se habla de la igualdad en la vida social. En esta postura el Estado, o bien la comunidad, tienen una actuación más activa en la promoción de los derechos. Dentro de esta clasificación se incluye una tercera subdivisión, que es la llamada justi-

65 PRIETO SANCHIS, L.: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Debate, 1990, p. 127. En igual sentido Vid. DE CASTRO CID, B.: *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos. Ponferrada: Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, 1993, p. 122.

66 PRIETOS SANCHIS, L.: *op. cit.*, p. 22.

67 Vid. HÄBERLE, P.: *op. cit.*, pp. 104-107.

68 Vid. PECES-BARBA, G.: *Curso de derechos fundamentales*. Teoría General. Con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Cascón. Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1991, pp. 61-68.

ficación democrática. Con relación a esta última me permito adherirme a la posición del profesor de Asis, quien ha señalado que es muy difícil pensar en un planteamiento democrático que no sea o bien liberal o social.⁶⁹

Partiendo de estas caracterizaciones generales sobre el papel del individuo como ciudadano y de su relación con el Estado, analizaré de manera general algunos de los postulados del liberalismo, el socialismo y el comunitarismo.

3.1 *La justificación del liberalismo político*

Durante los últimos dos siglos, los liberales han tratado de desarrollar una teoría que sea lo suficientemente neutral para otorgar una libertad amplia a sus ciudadanos.⁷⁰ Parte de los antecedentes de estas corrientes, se encuentra en las declaraciones de derechos revolucionarias, parece haber transmitido “un marco moral muy exigente que se derivaría del carácter moralmente categórico y último de los derechos individuales, prevalecientes sobre los intereses de la sociedad. Ese marco puede resumirse en la atribución a los derechos humanos de tres rasgos especialmente fuertes: universalidad, absolutidad e inalienabilidad. Los tres, y especialmente los dos últimos, han sido muy discutidos dentro de la propia tradición en su significado y alcance e incluso en su validez”.⁷¹

Actualmente la corriente política denominada liberalismo, tiene una serie de “subcorrientes”, las cuales plantean posiciones incluso contradictorias. Es válido señalar que “*en cualquier caso habremos de convenir que lo que existe son más ‘los liberalismos’ que el liberalismo*”.⁷² Sin embargo, no se debe perder de vista, que se tienen bases comunes para ser denominados liberalismos. Se pueden señalar, entre los más importantes elementos comunes: el individualismo y el universalismo.⁷³ En estos rasgos se “contempla la dignidad, la libertad y la igualdad de un sujeto moral fuera del tiempo y del espacio, y que por tanto, se postula como universalmente válida”.⁷⁴

Ante las diversas posturas, el profesor Requejo ha establecido una posible articulación de los liberalismos actuales, que ha denominado el “cuadro mágico”.⁷⁵ El mismo autor de esta

69 DE ASIS ROIG, R.: “Concepto y Fundamento.” Asignatura del Doctorado en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, diciembre de 1996 y enero de 1997.

70 El concepto que por lo general ha manejado el liberalismo político, ha sido el que Isais Berlín ha denominado como libertad negativa. Vid. BERLÍN, Y.: “Dos conceptos de libertad”. En *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Traducción al castellano de J. Bayón. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

71 RUIZ MIGUEL, A.: “Derechos Humanos y Comunitarismo. Aproximación a un Debate.” En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Doxa. Núm. 12. Madrid: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1989, p. 97.

72 REQUEJO COLL, F.: “El cuadro mágico del liberalismo”. En *Claves de Razón Práctica*, Núm. 46, octubre, 1994, p. 3-4 .

73 *Ibid.*, p. 8.

74 PRIETO SANCHIS, L.: *op. cit.*, p. 21.

75 Por una parte, encontramos el liberalismo deontológico que se basa en “la defensa, siguiendo las

clasificación simplifica las corrientes liberales en tres grandes grupos que explica de la siguiente manera. El primero de ellos es la “autonomía negativa como principal elemento legitimador de la economía de mercado y del Estado mínimo, tradición que tiene en Hayek y Nozick -dos de sus principales referencias actuales-. Allí suelen encontrarse también las justificaciones liberales de carácter hobbesiano que aparecen habitualmente, sobre todo en el discurso de algunos utilitarismos. El segundo, el extremo opuesto al anterior, vendría a ser “el conjunto de tradiciones vagamente denominada como “liberalismo social”, basadas en la concepción de la “autonomía positiva”, es decir, que el Estado tendrá alguna injerencia para garantizar que se den los derechos. Dentro de esta corriente incluye a Habermas y a Apel.⁷⁶ Por último, “el liberalismo procedimental de autores como Rawls, Dworkin o Larmore,... esquina legitimadora de la ‘neutralidad’ del Estado en relación con las concepciones individuales sobre el bien”.⁷⁷

Para efectos de esta investigación, partiré de las concepciones liberales que se han denominado como “autonomía negativa” y la “esquina legitimadora de la neutralidad”, ya que si bien el llamado “liberalismo social” se basa en una concepción individualista, su visión supone la intervención del Estado, influencia propia del socialismo.

3.1.1 *El individuo en el Estado liberal*

El liberalismo ha buscado la fundamentación del valor libertad como garante de la dignidad de los seres humanos. Sobre este valor exponentes como Hayek explican cómo las llamadas reglas del cosmos imponen que no se produzca ninguna actuación específica. En otras palabras, la libertad se caracterizará por ser una falta de coacción.⁷⁸

El fundamento de los derechos radica en la existencia de una esfera de libertad que pertenece al individuo. Los derechos se formulan como derechos mínimos, dentro de los que se incluyen el derecho de propiedad y los de autonomía; amparados en el sistema de mercado, y van generalmente acompañados del rasgo de la universalidad.⁷⁹

ideas clásicas de Locke y Madison, de una esfera de privacidad en la que el individuo debe estar protegido de las interferencias del Estado y de las acciones de otros individuos”. Por otra parte, en el liberalismo consecuencialista destacan las consecuencias más que los derechos, incluso aunque eso vulnere los últimos. Se aplica “el realismo hobbesiano que hace de la paz y la seguridad una base de legitimación prudencial de la organización política”, es decir, que se incluyen las posturas de James Mill y Benthan, quienes defienden que se dé la mayor felicidad al mayor número. Por otra parte, el liberalismo perfeccionista que se vincula a “la reivindicación de una ‘autonomía positiva’, basada entre otras, en las consideraciones ilustradas de Kant y Stuart Mill sobre unos ciudadanos capaces de mejorar constantemente su calidad moral”. Finalmente, tenemos el liberalismo de la neutralidad, entendido como “la defensa tradicional de la organización liberal”, hoy renovada por autores influyentes como Rawls, Dworkin o Larmore, en tanto que un orden político neutral en el que cada individuo pueda realizar sus proyectos personales de acuerdo con su visión particular de “vida buena”. REQUEJO COLL, *op.cit.*, p. 4.

76 Autores que no se denominan liberales, sino por el contrario, se califican partidarios de las corrientes socialistas.

77 REQUEJO COLL, F.: *op. cit.*, p. 5.

78 Vid. HAYEK, F.A.: *The Constitution of Liberty*. London: Routledge and Keagan Paul, 1960.

79 El tema de la universalidad será discutido *infra*, cuando se establezcan las diferencias con el comunitarismo.

La libertad y la autonomía del individuo llevan a que el sujeto sea responsable de sus actos, es decir, que si hay algún tipo de control económico social, se le quita responsabilidad al individuo. Esta será una de las grandes críticas que le hace el liberalismo a las tendencias socialistas o comunitaristas, apoyándose en que se le ha coartado la libertad absoluta que tiene derecho todo individuo.⁸⁰

Lo que esta corriente del liberalismo ha querido defender es la libertad, entendida como la no intervención del Estado en el desarrollo del sistema de mercado. Según los socialistas, esta formulación de normas del mercado constituye en sí mismas limitaciones a la libertad.⁸¹

Con base en las ideas anteriores, los liberales establecen como proyección de esta libertad, los llamados derechos de propiedad. Sin embargo, hay desacuerdo en cuanto al origen de la fundamentación de los mismos, pues se dan dos vertientes principalmente. Por una parte, Hayek afirma que estos derechos surgen de la evolución de procesos históricos. Mientras que Nozick, siguiendo la tradición de los derechos naturales del siglo XVII, establece que los derechos se deducen a partir de proposiciones abstractas sobre la naturaleza del hombre.⁸² Sin embargo, esta divergencia sobre el origen hace cambiar el reconocimiento de estos derechos como absolutos en la sociedad de mercado, al grado que incluso se ha llegado a afirmar que la noción de justicia debe entenderse referida a los derechos de propiedad.

Esta última postura es criticada pues se afirma que "... la libertad puede requerir algún tipo de sistema de propiedad, pero esto no demuestra que o bien sean necesarios los derechos de propiedad plenos o que lo sean primordiales. En segundo lugar, si la libertad refuerza la propiedad ha de admitirse que el sistema forja una estructura de libertad y dependencia, es necesario valorar el funcionamiento del mismo desde el punto de vista de la justicia".⁸³

3.1.2 *El ciudadano y la libertad*

La exaltación de la libertad, a través de los derechos de propiedad, llega a influir inicialmente en la concepción decimonónica de los ciudadanos. En esta época se otorgaba este *status*

80 Ante esta crítica, esta corriente ha respondido que si bien "... la redistribución de la renta o recursos puede realmente limitar la libertad del contribuyente, pero sólo en la misma medida en que amplía la libertad de los beneficiarios. Lo que un grupo pierde, otro lo gana". HARRIS, D.: *La justificación del Estado de Bienestar. La nueva Derecha versus la vieja izquierda*. Estudio introductorio de Juan J. Fernández Cainzos. Madrid: Instituto de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales, 1990, p. 70. El liberalismo ha replicado que "sólo puede atribuirse responsabilidad a aquellas consecuencias de la acción individual que una persona está capacitada para prever y decidir. La responsabilidad, para ser eficaz, ha de ser individual. Uno es responsable de sus propios actos". Vid. NOZICK, R.: *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Blackwell, 1971.

81 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 70.

82 Vid. NOZICK, R.: *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Blackwell, 1971.

83 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 287.

a los hombres de cierta edad que tuvieran derechos de propiedad. Los ciudadanos disfrutaban de los derechos de autonomía sobre la base de los derechos de propiedad absolutos.

La ciudadanía liberal al unirse con el sistema democrático, deberá dar igualdad jurídica en cuanto a la participación del ciudadano en la esfera pública, pero mantendrá ampliada la esfera privada. Como lo explica la doctrina, “el sufragio universal... se ha insertado en la concepción liberal de los derechos, que sería hoy más adecuado denominar (como corriente) liberal-democrática”.⁸⁴ Los derechos civiles y políticos estarán en la esfera pública de forma restringida, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales serán parte del ámbito de la autosuperación.

La estructuración de los derechos de los ciudadanos, se hace a través de la relación de dos esferas claramente diferenciadas: una de ellas la pública restringida, y otra en donde lo que se busca es el desarrollo del ciudadano como individuo autónomo en la esfera privada.

En definitiva los ciudadanos liberales, disfrutarán de los derechos autonomía concedidos a los individuos de la población de un Estado, y además, los derechos políticos como una esfera diferenciada de derechos que les otorga la organización política en la que se inscriben. Para poder acceder a esta última esfera, se debe obtener el *status* del ciudadano, de acuerdo a los requisitos que imponga el Estado.

A mi juicio la concepción del ciudadano liberal coincide con el sentido muy restringido, al cual hice referencia al final del acápite anterior. En otras palabras, la condición de ciudadano, en el Estado liberal, será otorgada a los nacionales de determinada edad, que cumplan con los requisitos que les imponga la ley.

3.1.3 *El papel del Estado liberal*

El papel del Estado liberal es garantizar la no interferencia en la autonomía de sus ciudadanos, para el disfrute de sus derechos. El Estado debe estar configurado por un mínimo de instituciones que garanticen la no intervención, ya que el ciudadano ejercerá sus derechos en un sistema de mercado.⁸⁵ La acción positiva del Estado, supone coartar la libertad. Tal y como afir-

84 PECES-BARBA, G.: *Curso... op. cit.*, p. 67.

85 Tal y como lo veremos de seguido, según HAYEK el mercado queda enmarcado en un orden espontáneo o cosmos. Habla del “sistema de mercado como la ‘cataxia’ siendo una clase especial de orden espontáneo producto del actuar de los individuos en el mercado a través de las leyes de la propiedad y la contratación”. La traducción es mía. HAYEK, F.A.: *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 2. London: Routledge & Keagan Paul, 1976, p. 109. En sentido contrario, HARRIS afirma que “... los mercados no son simplemente instrumentos neutrales que funcionan equitativamente en interés de todos los individuos racionales. Los mercados no son útiles para todos los objetivos o a todos los individuos indiferentemente. Debido a las inseguridades y desigualdades del mercado se hace necesario estudiar los contratos desde el punto de vista de la justicia”. HARRIS, D: *op. cit.*, p. 293.

man exponentes de esta postura, incluso las normas que dicta este Estado, que conceden derechos a los individuos, deben ser un marco de referencia que permita al individuo actuar sin la interferencia de otros y así poder perseguir sus propósitos.⁸⁶

Hayek establece que hay dos tipos de organización social que no pueden combinarse a voluntad. El primero de ellos es el orden espontáneo o “cosmos”;⁸⁷ el segundo, la organización o “taxis”. Un cosmos es un orden social autoengendrado basado en reglas abstractas, independientes de la voluntad. Un taxi no es autoengendrado, depende de poderes vinculados a la voluntad que dispone unos resultados concretos.⁸⁸ De esto se sigue que sólo las sociedades descentralizadas orientadas por el mercado pueden ser productivas y que éstas sirven mejor a los fines de un individuo representativo. Un “orden fabricado” o taxis necesariamente debe resultar sencillo. Por contraste, el cosmos puede ser más complejo de lo que cualquier mente puede dominar. El conocimiento del mismo se limita a las normas generales que siguen los elementos del orden, no pudiendo conocer todos los elementos específicos y circunstancias concretas a que se enfrentan.

Este tipo de posturas como lo afirman exponentes socialistas, “va desde luego contra cualquier teoría social que trate de garantizar unos resultados específicos a individuos concretos, o cualquier teoría que considere a la justicia como aseguradora de una relación categórica entre las circunstancias de distinta gente”.⁸⁹ En definitiva, para Hayek y los exponentes liberales, el estado de bienestar es moralmente detestable, ya que el derecho al bienestar es un ilógico, porque hace que las personas coactivamente obtengan los derechos y no como producto del disfrute de su libertad. Una organización política de este tipo sacrifica la libertad del sujeto ideal.

Desde la perspectiva de las justificaciones sociales y comunitaristas, se dice que en la postura de la defensa de la libertad negativa y absoluta, se paga un alto precio al sacrificar la solidaridad social deseable.⁹⁰ En realidad el punto de discusión vendría a ser el tipo de igualdad que defiende el liberalismo, ya que el mismo se ha caracterizado por rescatar el valor de la igualdad ante la ley, es decir, una igualdad de comienzo.⁹¹

86 Vid. capítulo 3 en PLANT, R.: *Modern Political Thought*. Cambridge: Blackwell, 1995.

87 Tal y como vemos *supra* en nota 89, el mercado pertenece este orden.

88 Vid. HAYEK, F.A.: *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1. London: Roulledge and Keagan Paul, London, 1973, p. 37.

89 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 67.

90 Este concepto de solidaridad será desarrollado luego en el apartado del comunitarismo.

91 Según nos explica el profesor PECES-BARBA, la “igualdad ante la ley es, como igualdad reguladora del Ordenamiento una dimensión del valor seguridad jurídica y pretende crear ámbitos de certeza y de saber a qué atenerse, y se articula en lo que nos concierne como derecho fundamental a la seguridad jurídica”. El mismo autor de seguido nos explica los diversos sentidos que se le pueden dar a la relación entre igualdad y seguridad jurídica. PECES-BARBA, G.: *Curso... op. cit.*, pp. 284 y 285.

3.2 *La justificación del socialismo*⁹²

Ante la decepción práctica y teórica producida por la impotencia de la simple autonomía de la libertad individual y por la inoperancia social de la igualdad jurídica, meramente formal, empujó a los pensadores sociales y políticos a abrir un amplio proceso de revisión.⁹³ Las ideas socialistas se centrarán en la crítica de la organización liberal, sobre todo en lo referente a su estructura económico-social, es decir, en la utilización del mercado como sistema garante de las libertades de los individuos. El divorcio entre la actividad del Estado y la de los individuos, limitó el mismo ejercicio de los derechos liberales.

Si bien el período de crítica se inicia en el siglo XIX, no va a ser sino hasta después de la década de los años 20 de este siglo, que se cuestiona de manera más fuerte la concepción de que los derechos individuales en donde sólo se aboga por los derechos civiles y políticos clásicos. La nueva corriente doctrinal, busca que el Estado abandone la propia neutralidad social para intervenir de forma positiva en la lucha por el disfrute general e igualitario de los derechos fundamentales tradicionales y por la conquista de nuevas cotas de bienestar por parte de todos los ciudadanos.⁹⁴ El socialismo absoluto surge como reacción a la sociedad liberal discriminatoria, a la que se intenta destruir tanto en su organización económica como en la jurídica y la política (imperio de la ley, separación de poderes y derechos fundamentales).⁹⁵

En los años 50 y 60 surgen los llamados “defensores de la izquierda tradicional”, con autores como Titmuss, T.H. Marshall, Robson y Townsend.⁹⁶ Para el estudio de este apartado, tomaremos algunos de los criterios relevantes que han esgrimido algunos de estos autores.

3.2.1 *El individuo en el Estado social de Bienestar*

Esta corriente lo que vendrá a defender es la igualdad real de los individuos frente a la igualdad formal que profesaba el liberalismo. En otras palabras, buscará que se dé una protección de la igualdad en la ley y no una igualdad ante la ley.

Esta idea del establecimiento de una igualdad material obedece a una preocupación por las consecuencias morales perjudiciales que puedan tener sobre los individuos las desigualdades económico-sociales, es decir, el objetivo consiste en ofrecer las oportunidades materiales para participar en la forma de vida de la sociedad.

92 Entendido no como comunismo o marxismo, sino como una corriente que defiende la igualdad material, pero dentro de la concepción liberal de la relación entre individuo-Estado.

93 DE CASTRO CID, B.: *op. cit.*, p. 42.

94 *Ibid.*, 39-40.

95 DE ASIS ROIG, R.: *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Editorial Debate, 1992, p. 47.

96 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 55.

Según señalan sus exponentes, de lo que se trata es de dar una igualdad de oportunidades a los individuos para garantizarles ciertos bienes y servicios, y así hacerlos aptos para el disfrute de su libertad.⁹⁷ En este mismo sentido, se señala que la “igualdad material, como fundamento de derechos, no puede ser el igualitarismo que disuelve al individuo en la comunidad, porque ese punto de vista desconoce la autonomía y hace imposible pensar al hombre desde los derechos fundamentales”.⁹⁸ Para esta postura, la igualdad vendría a ser un valor instrumental, ya que “se valora sólo porque una mayor igualdad es una condición necesaria para alcanzar otros objetivos que son apreciables como fines en sí mismos”.⁹⁹

3.2.2 *La ciudadanía social*

Sobre esta base de igualdad material, esta corriente tratará de otorgar una serie de derechos que garanticen este tipo de igualdad, idea que calará en la nueva concepción y contenido que se otorgue al concepto de ciudadanía. Esta idea es desarrollada, entre otros por Marshall, quien estableció que “la modernidad conduce hacia la igualdad social, lo que creo, es la última fase de la evolución de la ciudadanía que ha estado en progreso constante desde hace unos 250 años”.¹⁰⁰

Sobre esta base, se estableció que la ciudadanía era un concepto variable en el tiempo. Situación por la cual los derechos y las obligaciones de quienes ostenten este *status* no son inherentes al concepto de ciudadanía, sino que son producto de un desarrollo histórico que se va dando. Partiendo de esta premisa, se explica que los derechos civiles fueron establecidos en el siglo XVII y XVIII, siendo un elemento crucial en la transformación premoderna de las sociedades modernas. Luego vendrá la segunda categoría, los derechos políticos, que permiten al individuo participar en el gobierno de su comunidad. Estos derechos son desarrollados en el siglo XIX, dejando de ser derechos de un grupo para ser derechos universales para la participación democrática. Y la tercera categoría, son los derechos económico-sociales, que se han diseñado para permitir al individuo participar, en general, en la forma de vida de la comunidad.¹⁰¹

Esta justificación social de aumento en el contenido de los derechos del ciudadano, ha supuesto que se amplíen los deberes que tiene el mismo como miembro de una comunidad política. La ciudadanía en una tradición social democrática da mayor peso a las obligaciones, tales como son el pago de impuestos de acuerdo a sus ingresos para que a su vez se le garanticen los derechos a la vivienda, salud, alimentación.

97 TWANEY, *Equity*. London: Unwin Books, 1964, p. 15.

98 PECES-BARBA, G.: *Curso. op. cit.*, p. 289.

99 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 254.

100 MARSHALL, T. H., *Citizenship and Social Class and Other Essays* Cambridge: Cambridge University Press, 1950, p. 10.

101 *Ibid.*

Por ciudadanía social se entiende que todos los ciudadanos son fundamentalmente iguales en status y en dignidad, de manera que a ninguno se debe disminuir su condición económica y social. Es así como en respuesta a la lealtad y las conductas virtuosas de los ciudadanos, el Estado tiene la obligación de eliminar las diferencias garantizando un parámetro de vida básico en términos de ingresos, vivienda, alimentación, salud y educación. Parámetros que deben ser disfrutados por todos los ciudadanos sin distinción de riqueza, poder, sexo, edad o raza.

Luego de obtener este nuevo contenido, aún más sustancial de los derechos ciudadanos, se ha afirmado que la “ciudadanía puede ser concebida como círculos en expansión que empujan hacia adelante en momentos de conflicto y batalla”.¹⁰²

Según analiza la doctrina actual, esta postura de posguerra ha recibido dos fuertes críticas. Por una parte, un primer grupo se basa en la necesidad de sustituir la aceptación pasiva de los derechos por el ejercicio activo de las responsabilidades de los ciudadanos, incluyendo la independencia económica y la participación política.¹⁰³ Por otra parte, la segunda crítica está en la necesidad de revisar el concepto tradicional de ciudadanía para acomodar el aumento social y cultural del pluralismo en las sociedades modernas.¹⁰⁴

El liberalismo político afirma que las demandas eran inconsistentes con la libertad negativa, que además eran económicamente ineficientes y es una vuelta atrás en la autosuficiencia.¹⁰⁵ Según sus expositores, el contenido social llevaría a una pasividad entre los pobres sin que en realidad se mejore el nivel de vida, sino que por el contrario, se lleve a una dependencia. En otras palabras, no hay evidencia que los programas de bienestar promuevan una ciudadanía activa.

Frente a las críticas que se hacían a la postura de Marshall, se ha dicho que es difícil encontrar evidencia que las reformas del Nuevo Derecho de los ochentas haya promovido una ciudadanía responsable, sino que al contrario, la desregulación del mercado ha hecho posible la irresponsabilidad económica. Además, se dice que el recorte de los beneficios del bienestar, más que quitar una desventaja de la espalda se han extendido a la clase baja, con lo cual se ha promovido las desigualdades de clase de manera exacerbada.

Esta nueva aproximación al concepto de ciudadanía, supone que la misma se entienda, con lo que expliqué *supra*, como ciudadanía en sentido amplio, es decir, en un sentido medio. Se entiende el concepto de ciudadanía como el status que se le otorga a un conjunto de indivi-

102 TURNER, B.S. *Citizenship and Capitalism*. London: Allen and Unwin, 1986, p. xii.

103 KYMLYCKA, W.: y NORMAN, W.: . “Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory.” En *Ethics*. Núm. 104, January 1994., p. 355.

104 Esta última crítica no será analizada, ya que supone comentar la discusión que se ha dado en la década de los noventa con respecto a la ciudadanía frente al reconocimiento de grupos diversos o multiculturales en nuestras sociedades.

105 KYMLICKA, W. y NORMAN, W.: *op. cit.*, p. 355.

duos que son nacionales en un Estado, es decir, aquellos individuos que tienen un vínculo sociológico y jurídico con la organización política a la que pertenecen. La naturaleza misma de los derechos económicos y sociales, suponen que el individuo tenga una relación de cercanía con el Estado de bienestar que le garantizará sus necesidades básicas, sobre todo si se parte de consideraciones que se pueden dar sobre la escasez que se aparece a estos derechos.¹⁰⁶

Debo resaltar que pese a esta nueva construcción y sus diferentes contenidos, el concepto de ciudadanía, sigue obedeciendo a la tradicional relación entre el individuo y el Estado. La única distinción serán las nuevas responsabilidades que tendrán ambas partes para el desarrollo de sus respectivas actividades.

3.2.3 *El papel del Estado de bienestar social*

Como se ha señalado hasta el momento, estas ideas desembocarán en último término en la búsqueda de un Estado que no sólo pueda ser caracterizado como legalista y protector de derechos, sino también como promotor de condiciones de igualdad.¹⁰⁷

Estas corrientes hacen una propuesta para la descentralización y democratización del Estado de bienestar; y por otra parte, se lucha por la constitucionalización de los derechos de contenido social. Dentro de esta corriente, tal y como lo afirmé anteriormente, se encuentra la necesidad de que exista una “autonomía positiva”, es decir, la injerencia de la esfera pública dentro de la esfera privada para que esta última pueda alcanzar su desarrollo pleno, en un plano de igualdad jurídica material y no de igualdad jurídica formal. En palabras del profesor Bobbio, “mientras los derechos de libertad nacen contra el abuso de poder de Estado, y por consiguiente, para limitar el poder de éste, los derechos sociales requieren para su práctica realizaciones, es decir, para el paso de la declaración puramente verbal a su protección efectiva, lo contrario, esto es, el aumento de los poderes del Estado”.¹⁰⁸

Este tipo de medidas buscan reivindicar una serie de desigualdades que se han dado en el Estado liberal democrático, que si bien otorgaba una autonomía en la esfera privada del individuo, en la esfera pública se limita a ejercer un poder casi de “gendarme”. Situación que provocaba que los grupos desprotegidos en el sistema estatal liberal procuraran ampliar el contenido de derechos en el status del ciudadano para disminuir las desigualdades que este sistema les producía.

Dentro de las medidas más importantes, que se defienden dentro de esta postura, está la de la provisión de servicios universales, con el fin de incluir a los ciudadanos que han sido ex-

106 Vid. en este tema PECES-BARBA, G.: “Escasez y Derechos Humanos.” En A.A.V.V. *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Edición de José María Sauca. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

107 DE ASIS, R.: *op. cit.*, p. 37.

108 BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*. Traducción de R. de Asis. Madrid: Sistema, 1991, p. 118.

cluidos por las leyes del mercado, así como para que quienes participen de estos servicios, no sean estigmatizados por la utilización de los mismos. Al parecer esta limitación en cuanto a que los servicios de bienestar sean suministrados por el mercado, tiene como fin el proteger la dignidad de los grupos en los que si se diera la provisión privada quedarían excluidos.¹⁰⁹ Por otra parte, el Estado de bienestar social tendrá dentro de sus funciones eliminar las diferencias que produce el sistema de mercado, con lo cual establecerá políticas para la distribución de la riqueza, así como el aseguramiento del pleno empleo.

Las circunstancias históricas, mostraron que la actuación del Estado de bienestar social, causó un bajo crecimiento sumado al aumento del gasto público, aumentándose los impuestos. Ante estas circunstancias, tal y como lo señalé en el apartado *supra*, el liberalismo ha afirmado que la libertad ha sido mal concebida porque los derechos económico-sociales no pueden existir, si los mismos significan coartar la libertad o autonomía al individuo.

3.3 *La justificación del comunitarismo*

Este pensamiento moral y político surge en los años 60 y se inspira en un primer momento en el pensamiento de Marx, y a partir de los años 80 se inspira en el pensamiento de Aristóteles¹¹⁰ y Hegel.¹¹¹ Del principio aristotélico de la prioridad del todo sobre las partes, se desprende para el comunitarismo, la justificación de la importancia de la comunidad sobre sus habitantes. De Hegel se toma, por una parte, la subordinación mecánica del Estado a los derechos e intereses de los individuos propia del iusnaturalismo racionalista; y por otra parte, la presuposición de que las comunidades humanas son diversas y están sometidas a pautas culturales específicas.¹¹²

El comunitarismo asociado a autores como Sandel, Walzer y Taylor surge como una reacción al trabajo de los teóricos liberales como Rawls y Dworkin.¹¹³ Dentro de estos exponentes, Walzer señala que la teoría política liberal ha creado individuos aislados y egoístas que están divididos por sus derechos inalienables. Además agrega como segunda crítica que la teoría liberal hace una mala representación de la vida real, ya que afirma que los sujetos tomarán sus propias decisiones, sin tomar en cuenta que estos agentes se desenvuelven en un contexto social.¹¹⁴

109 *Vid.* HARRIS, D.: *op. cit.*, pp. 132-136.

110 PLANT analiza la influencia que tuvo la filosofía política en la génesis del comunitarismo. PLANT, R.: *op. cit.*, pp. 36-37.

111 PLANT señala que la gran diferencia entre los comunitaristas modernos y Hegel es que los modernos rechazan el intento de Hegel de unir formas específicas de sociedad y los diferentes estados de la naturaleza del ser. En lo que sí coinciden es en que los valores sociales son históricos, con lo cual cambian en el tiempo y su significado tiene que ser entendido de acuerdo al desarrollo histórico. *Vid.* PLANT, R.: *op. cit.*, 345.

112 RUIZ MIGUEL, A.: *op. cit.*, p. 97.

113 PLANT, R.: *op. cit.*, p. 325.

114 WALZER, M.: "The Communitarian Critique of Liberalism." En *Political Theory*. Vol. 18. Núm.

El comunitarismo surge por el descontento en las sociedades liberales cuando se produce un desarraigo entre individuos y la sociedad, como crisis en la familia o sus instituciones morales o su comunidad. En razón de lo anterior, sus exponentes hacen negaciones generales de las construcciones liberales que se tenían hasta el momento, para que en lugar de centrarse en el individuo se focalicen en la comunidad.¹¹⁵

Parte de la doctrina ha señalado que por comunitarismo ha de entenderse “la reformulación de la moral como un conjunto de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de la cultura de una comunidad concreta y determinada, que sólo tienen sentido dentro de ella, pues son aquellas pautas las que establecen el propio punto de vista moral, sitúan constitutivamente y motivan a los individuos dentro del contexto moral determinado y configuran a los deberes hacia la respectiva comunidad como prioritarios sobre cualesquiera otros deberes y derechos”.¹¹⁶

Algunos autores han señalado que esta corriente representa el más radical oponente de la doctrina de los derechos humanos.¹¹⁷ Esta oposición surge porque la teoría de la ciudadanía o comunitarista toma como punto de partida que el ciudadano al ser miembro de la comunidad, tiene derechos, y no por su condición de ser humano.¹¹⁸

Sobre esta misma base de la pertenencia a una determinada comunidad, se ha establecido que toda argumentación moral debe basarse en una construcción existente en una determinada cultura. Se hace una distinción sobre lo que persiguen los liberales y los comunitaristas. Los primeros creen que la filosofía trata de proveer un fundamento universal y básico, mientras que los segundos, piensan que la filosofía política trata de una comprensión coherente y autoconsciente de los valores políticos y morales que se utilizan en una sociedad particular.¹¹⁹

Dentro de las críticas que le ha hecho el comunitarismo al liberalismo, es que los “bienes políticos no pueden ser determinados por un razonamiento abstracto, ya que no son escogi-

1. London: Sage Publications, February, 1990. En este mismo sentido, ver NEAL, P.: “Vulgar Liberalism.” En *Political Theory*. Vol. 21, Núm. 4. November, 1993.

115 Vid. en este mismo sentido la clasificación hecha por el profesor PECES-BARBA, en donde muestra la negación general que hicieron los comunitaristas, en particular MacIntyre, en relación con la tradición liberal de los derechos fundamentales. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Curso op. cit.*, p. 78.

116 PLANT, R.: *op. cit.*, p. 325.

117 La frase por excelencia que nos permite hacer esta aseveración es la de MacIntyre, quien establece que “no existen tales derechos (derechos humanos) y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios.” MACINTYRE, A.: *Tras la virtud*. Barcelona: Editorial Crítica, 1987, p. 96. Sobre la discusión en este tema del liberalismo y el comunitarismo Vid. NINO, C.S.: “Liberalismo versus comunitarismo.” en *Revista del Centro de Estudios constitucionales*. Núm. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, set.-dic., 1988.; CORTINA ORTS, A.: *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos, 1990.; MARTÍNEZ NAVARRO, E.G. “La polémica de Rawls con los comunitaristas.” En *Sistema*. Núm. 107, marzo, 1992.

118 En este sentido ver HARRIS, D. : *op. cit.*, p. 160.

119 PLANT, R.: *op. cit.*, p. 20. La traducción es mía.

dos libremente por agentes morales independientes, sino que surgen y tienen implícito las formas de vida de comunidades particulares”.¹²⁰ Esta crítica se basa en que el filósofo liberal no tiene una fundamentación externa racional de lo que afirma.¹²¹ En definitiva, se ha apuntado, que “el florecimiento de una sociedad no puede estar seguro por el acuerdo de un principio abstracto, sino por el contrario, deben negociarse los valores que están implícitos en la forma de vida de la sociedad”.¹²²

Coincido en el análisis hecho por el profesor Ruiz Miguel, en el cual afirma que no existen diferencias abismales entre el universalismo liberal y el relativismo comunitarista. En la *Teoría de la Justicia*, se desarrolla un concepto a priori y universalmente visto de una manera de razonar moralmente de los individuos que se despegan de sus prejuicios cuando están detrás del velo de la ignorancia.¹²³ En estos casos, según se ha criticado no habría que preguntar sobre condiciones universalizables, sino por el contrario, partir de preguntarle a individuos situados como nosotros que compartimos una cultura. Lo anterior responde a que las preguntas de filosofía política son para determinadas sociedades que llevan a aparejados ciertos valores.¹²⁴ Si se reduce la universalidad a los sujetos, “conlleva también por implicación, una negación de la universalidad del punto de vista adoptado, que no resulta tan imparcial como parecía”.¹²⁵ Por otra parte, explica que entre los individuos y la humanidad se interpuso, la mediación de las distintas comunidades políticas, posiblemente fruto de la realidad histórica. Si bien es cierto el iusnaturalismo racionalista universaliza la fórmula del Estado y los derechos que se le conceden a los hombres, anota el autor que “sin embargo, esa ausencia de referencias particulares era sólo posible al precio de una doble abstracción, creída cierta al menos en el plano del deber ser ideal, y tal vez en el del ser histórico: en primer término, que todo individuo forma parte de una comunidad política que protege sus derechos de manera suficiente; y, en segundo término, que cada comunidad política está en una relación suficiente igual con las demás como para evitar la ruptura del equilibrio...”.¹²⁶

Para efectos de esta investigación puedo afirmar que los derechos del hombre así establecidos, se poseerán en la medida en que estemos situados ante un ciudadano y sólo dentro del ámbito del correspondiente Estado.

Sobre afirmaciones como las expuestas se evidencia como los representantes actuales del liberalismo, se han visto obligados a modificar su postura absolutista de la universalidad. Esta posición se ve matizada en el artículo titulado “*Kantian Constructivism in Moral*

120 PLANT, R.: *op. cit.*, p. 324.

121 *Ibid.*, p. 326.

122 *Ibid.*, p. 329.

123 *Vid.* RAWLS, J.: *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 1971, pp. 136-142.

124 *Vid.* PLANT, R.: *op. cit.*, pp. 344 y ss.

125 RUIZ MIGUEL, A.: *op. cit.*, pp. 99-100.

126 *Ibid.*, pp. 101-102.

127 RAWLS, J.: “Kantian Constructivism and Moral Theory.” En *Journal of Philosophy*. Núm. 77, 1980.

Theory”,¹²⁷ en donde reconoce que no está tratando de dar una concepción de justicia universal para toda sociedad, sino que su construcción responde a circunstancias históricas de la cultura política americana. Algún sector de la doctrina establece que con estas afirmaciones se está aceptando que se está teorizando sobre una forma de vida particular que no se le puede dar una fundamentación metafísica, ya que esta última es tirada por la historia y la tradición.¹²⁸

Aceptando que “al final, la teoría política no puede hacer ninguna contribución de como nos gobernamos a nosotros mismos, excepto peleando contra todos los impulsos que nos arrastran hacia nuestra propia cultura, para el logro de la generalidad y las bases reflexivas para decidir cuál de nuestras distinciones y discriminaciones tradicionales son genuinas y cuales son espúreas, cuáles contribuyen para florecimiento de los ideales que queremos, después de la reflexión, poder abrazar”.¹²⁹

En la postura contraria, si se analizan las afirmaciones de Walzer, todos somos seres productores de cultura, y por tanto, hacemos mundos relevantes. Como no existe una clasificación de estos mundos creados por cada uno, haremos justicia a los actuales hombres y mujeres si respetamos sus particulares creaciones.¹³⁰ El principio moral de no invadir y aceptar los valores políticos y culturales tiene una connotación universalistas, con lo cual no se puede afirmar que los autores del comunitarismo, son relativistas extremos.

Lo expuesto hasta el momento en este apartado, me permite afirmar que no existe brecha abismal entre los liberales y los comunitaristas, en cuanto al concepto de universalidad. En definitiva, las diferencias entre éstos descansan por una parte, en la concepción moral de la sociedad y el individuo, respectivamente, pero no en la distinción entre universalismo y relativismo; y por otra parte, en la prevalencia que le dan los comunitaristas a los deberes de los ciudadanos con respecto a la comunidad, a diferencia de los liberales que conceden trascendencia a los derechos individuales sobre los de la colectividad.

3.3.1 *El individuo: Relación individuo-comunidad*

El comunitarismo, al ser un intento de reformular las relaciones entre la sociedad, los individuos y el Estado, se fundamenta en valores distintos a los que se defendían hasta el momento por la tradición liberal. Se habla del concepto de solidaridad entendida dentro de una comunidad, ésta proviene de la “calidad de ser miembro pleno de la comunidad y no de presupuestos individualistas de carácter contractual: no hay, pues, una legitimación de las políticas públicas en un contrato inicial, sino una posición de igualdad proveniente del derecho a la ciudada-

128 PLANT, R.: *op. cit.*, p. 358. La traducción es mía.

129 DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 219. La traducción es mía.

130 *Vid.* WALZER, M.: *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism & Equity*. Oxford: Blackwell Publishers, 1993.

nía que da lugar a derechos y obligaciones cuyo fundamento se encuentra en la importancia moral de las relaciones entre los miembros de la misma sociedad”.¹³¹

Tal y como se analizará de seguido, en la corriente comunitarista se utilizará la solidaridad comunitaria como punto de partida para la organización y la adjudicación de derechos y deberes a los miembros de esa sociedad. La solidaridad es entendida como el hecho de asumir los intereses del otro como propios. Esta noción de solidaridad se relaciona con “la idea de miembro pleno enlaza con una noción de igualdad. Cada miembro de la sociedad ha de ser tratado como igual en su derecho a disfrutar y tener acceso a esos frutos de la sociedad que definen la calidad de miembro pleno”.¹³²

Una definición en este sentido, obliga a hacer una diferenciación entre la solidaridad y la igualdad, ya la primera requiere no sólo asumir los intereses del otro como propios sin quebrar su propia identidad, ni aún asumir los intereses comunes del grupo.¹³³ En otras palabras, el alcance del concepto de solidaridad va más allá de lo que se ha entendido por igualdad.

La concepción de solidaridad que maneja el comunitarismo, busca diluir la figura del individuo dentro de su comunidad. En una concepción de derechos fundamentales el valor solidaridad para ser fundamento de los mismos debe integrarse con los demás valores, libertad, seguridad jurídica e igualdad, por el común objetivo de contribuir, por medio de los derechos que fundamenta, al dinamismo de la libertad, que facilita el ejercicio de la libertad de elección hacia la conservación de la libertad o autonomía moral.¹³⁴

Entre otros, el profesor De Lucas señala que esta visión de solidaridad como pertenencia a una comunidad conlleva a dos problemas. El primero de ellos es que ante la “aparición del *nosotros*, del colectivo, del grupo: si lo decisivo de la solidaridad es la idea de comunión, de unidad, de reconocimiento de similitudes sin las que resulta imposible el afecto, la ayuda y el esfuerzo o sacrificio comunes, la insistencia en destacar los rasgos comunes puede producir efectos perversos, desde la mera invención de los mismos hasta su hallazgo en la negación de rasgos “diferentes”... El segundo problema, es “hasta qué punto cabe afirmar la existencia de tal identidad colectiva en sociedades en las que el grado de especialización del trabajo y la multiplicidad y complejidad de las relaciones sociales provocan tal heterogeneidad que indudablemente se arriesga a perder la integración/identificación/reconocimiento en el grupo”.¹³⁵

131 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 35.

132 *Ibid.*, p. 367.

133 DE LUCAS, J.: “El concepto de solidaridad.” En *Biblioteca de Ética, Filosofía del derecho y Política*. Núm. 29. México: Fontamara, 1993, pp. 29-30.

134 PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *op. cit.*, p. 279.

135 DE LUCAS, J.: *op. cit.*, pp. 22-23.

3.3.2 Ciudadano como miembro de comunidad

La comunidad es el punto de unión, en el sentido de que “la calidad del miembro de la comunidad y una percepción de los otros miembros de la sociedad como ciudadanos asociados es un fundamento sociopsicológico para un reconocimiento consensual de la importancia moral del derecho de cada persona a ser considerada como miembro pleno de la comunidad”.¹³⁶

Una de las grandes críticas del comunitarismo al liberalismo, es que el ciudadano sea tratado como un ser abstracto, idea que se ha encontrado fundamentada en la concepción del ser humano. Los comunitaristas abogan porque se entienda al ciudadano como un miembro de la comunidad, es decir, como un ser situado que parte de los valores de la comunidad en la que se desenvuelve. En un sentido un tanto irónico, Walzer afirma que los miembros de una “sociedad liberal no comparte ni tradiciones políticas ni religiosas; ellos sólo pueden contar una historia en común, y ésta es la historia de la creación *ex nihilo*, la cual se inicia en el estado de naturaleza o posición original”.¹³⁷

Los ciudadanos, miembros de la comunidad, encuentran su calidad de socios en la comunidad comprometida. Existen en los márgenes de su propia sociedad o más allá de los mismos: están “en” comunidad, pero no son “de” la comunidad. A lo que se refiere, esta última frase, es a la importancia de que se compartan una serie de valores que obedecen a la satisfacción de una forma de vida que se ha escogido en la comunidad.¹³⁸

El definir en estos términos a la relación de los miembros o ciudadanos con la comunidad, presupone “el ser capaz de definir una forma de vida que pueda afirmarse correctamente como la de la comunidad o sociedad. Naturalmente, esto supone una medida de la abstracción de las formas de vida o estilos de vivir que son propios de los grupos dentro de la sociedad..., por tanto, indica la existencia de algún tipo de cultura nacional que existe al lado o por debajo de una diferenciación cultural en el seno de la comunidad”.¹³⁹

En este punto, el comunitarismo es víctima de basarse en una abstracción vacía sin existencia real, ya que al definir la forma de vida de una determinada comunidad, se deja de lado la existencia de un pluralismo cultural.¹⁴⁰

A esta crítica, los comunitaristas no han puesto atención, sino que por el contrario, han afirmado que sólo son pertinentes aquellas actividades, relaciones y pautas de consumo que son

136 HARRIS, D.: *op. cit.*, pp. 348-349.

137 *Ibid.*, pp. 7-8.

138 *Vid. supra* la crítica que le hacía el comunitarismo al liberalismo precisamente por tomar de fundamento unos valores, sobre la base del concepto de “ser humano”, es decir, de ser abstracto. Además, *vid. HARRIS, D.: op. cit.*, pp. 352-353..

139 HARRIS, D.: *op. cit.*, 353.

140 *Vid.* en este mismo sentido el prefacio que hace David Miller en el libro de HARRIS, D.: *op. cit.*, pp. 46-47.

fuertemente valoradas y se encuentran generalmente disponibles dentro de la comunidad. Estas actividades variarán, naturalmente de una sociedad a otra, de período a período y también con el nivel y carácter de desarrollo económico de la sociedad. La idea es, sin embargo, que a pesar de la variedad y diferencia en una sociedad, existen habitualmente patrones que son generalmente satisfechos y que, en la práctica, la mayoría de la gente les atribuye importancia.¹⁴¹

Para la teoría de la ciudadanía, la meta no es la homogeneidad; el enemigo no es la heterogeneidad. La meta es ofrecer a todos lo necesario para disfrutar y participar en los beneficios del pluralismo. Los enemigos son sólo esas diferencias relacionadas con los procesos de exclusión y dominación.¹⁴² Estos últimos fruto, como se analizaba *supra*, del sistema de mercado.

En la concepción comunitarista el ciudadano tendrá importancia, en el tanto y en el cuanto, sea miembro de la comunidad. El individuo, de acuerdo a esta corriente, no tiene una relación de contingencia con los principios y los valores de la sociedad en la que vive, es decir, “si la comunidad es la fuente de valores y es constitutiva del ser, entonces la idea de comunidad se convierte de relevancia normativa y la comunidad por sí misma como algo a ser valorado. En contraposición a los valores políticos típicos expresados por el liberalismo”.¹⁴³

La ciudadanía es más que una etiqueta que lleva un determinado individuo, es necesario que se tengan sentimientos de pertenencia a esa comunidad, en este sentido esta corriente comunitarista ha establecido que “el hombre es más vulnerable a una autodestrucción cuando es arrancado de cualquier colectividad”.¹⁴⁴ En igual sentido, se puede afirmar que la identificación social requiere de un proceso recíproco entre el sujeto y otros sujetos pero a su vez, de que surja una diferenciación del primero con respecto al resto. El sentido de unidad deriva de compartir intereses comunes, territorio y orgullo, pero si nuestras sociedades enfrentan diferencias nacionales y culturales,¹⁴⁵ en cuanto a la existencia, en nuestro tiempo, de una arrogancia excesiva al querer eliminar a otras culturas por considerarlas indignas.

Ser miembro de la comunidad supone, que el resto de sus integrantes lo auxiliarán en momentos de dificultad, y así evitar que alguno de los ciudadanos sea excluido de la comunidad a la que pertenece. En este sentido, se afirma que “permitir que un ciudadano sea separado de la comunidad es más grave que una limitación de la renta personal disponible...”. En otras palabras, al ser “miembros de la sociedad es por lo que tiene obligaciones para con sus conciudadanos sin que importe que las haya aprobado”.¹⁴⁶

141 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 355.

142 *Ibid.*, p. 356.

143 PLANT, R.: *op. cit.*, p. 329. La traducción es mía.

144 DURKHEIM, E.: *Moral Education*. Free Press of Glencoe, 1961, pp. 68-69.

145 TAYLOR, Ch. *Multiculturalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1991, p.20.

146 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 383.

De lo estudiado hasta aquí, puedo señalar que el concepto de ciudadanía, establecido por la visión comunitarista, coincide con el sentido amplísimo del concepto de ciudadanía que establecí en el acápite anterior, que el carácter de ciudadano coincide con lo que definí como población. En este sentido, para los comunitaristas serían tan ciudadanos los nacionales como los extranjeros, porque lo importante no es ostentar la nacionalidad de un Estado, sino el ser miembro de una comunidad.

Partiendo de esta idea, de ciudadano como miembro de la comunidad, estos teóricos de la ciudadanía defenderán los derechos sociales o al bienestar como derechos morales. En otras palabras, “los derechos sociales o al bienestar se colocan al lado de los derechos civiles y políticos. Tomados conjuntamente, la implicación de las demandas de justicia es el imperativo de reconocimiento y fortalecer este conjunto de derechos”.¹⁴⁷ Tal y como lo señalé *supra*, este tema será tratado con mayor detenimiento en el último apartado.

3.3.3 *El papel del Estado como comunidad solidaria*

Walzer señala que los Estados son como las familias, ya que sus miembros están moralmente conectados, a pesar de la ausencia de voluntad en escoger el nacer y desarrollarse en ese medio. En comunidades formadas diferenciadamente, en donde el Estado representa a la nación, otro tipo de compromisos se desarrollan comúnmente a través de parámetros determinados por el principio de la nacionalidad. En época de conflicto el Estado sirve como refugio para los miembros de la nación, independientemente de que sean residentes o ciudadanos. Probablemente la frontera de la comunidad política fue trazada con anterioridad para dejar atrás sus pueblos y ciudades del lado equivocado.¹⁴⁸

La comunidad con su significado de pertenencia y compartir es de hecho el concepto de nación.¹⁴⁹ A lo que añadiría que se adjudicaría a la ciudadanía una identificación con la comunidad. El problema que se puede suscitar es si, como lo analicé en el primer apartado, se entiende Nación en el sentido del vínculo sociológico a una comunidad, es decir, en el sentido que lo apuntaba Bauer,¹⁵⁰ ya que en el caso de existir nacionalismos, no coincidiría la comunidad o nación con el Estado que esté al mando de esa o esas comunidades. Esta dificultad también la enfrentaría la comunidad que esté bajo el mando de dos o más Estados.

Los teóricos socialistas manifiestan que en definitiva el Estado de bienestar es un “medio esencial para promover la justicia social, mejorar el autodesarrollo individual y alimentar el sentido comunitario”.¹⁵¹ Los teóricos comunitaristas han establecido como fines de la política

147 HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 267.

148 WALZER, M.: *Spheres ...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

149 GALSTON, W.A.: “Community, Democracy, Philosophy: The Thought of Michael Walzer.” En *Political Theory*. Vol. 17. Núm. 1, 1989, p. 121. La traducción es mía.

150 *Vid.* BAUER páginas 3 y 4 de este trabajo.

151 GALSTON, W.A.: *op. cit.*, p. 103.

social, dos elementos: por una parte, la compensación por los fallos del mercado, y por otra parte, que los servicios que sean provistos por el Estado no conlleven a un estigma entre quienes los utilicen.¹⁵² La compensación se vincula a una noción de justicia: la desgracia de un individuo es el problema de la comunidad.¹⁵³ El problema de este principio de compensación es la dificultad que implica determinar quién necesita de este recurso.

Pese a esta dificultad, debo señalar que la importancia del Estado en cuanto tal, no es tanto que sea liberal o de bienestar, sino que vele por que los individuos sean miembros plenos de la comunidad. En otras palabras, el ideal de Estado de Bienestar no es necesariamente un modelo público de bienestar, sino la aplicación efectiva de la solidaridad social también el ámbito más estrictamente privado de las relaciones interindividuales”.¹⁵⁴

4. LOS DERECHOS SOCIALES Y SU INFLUENCIA EN EL CONCEPTO DE CIUDADANÍA

Tanto las diversas concepciones socialistas¹⁵⁵ como la corriente comunitarista establecen dentro de sus postulados la necesidad de la expansión de la esfera de los derechos de sus ciudadanos. Si bien cada una de las corrientes, tendrá una concepción diferenciada de lo que debe entenderse por ciudadanía, más amplia o más restringida, el elemento común de estas dos escuelas supuso, la búsqueda de la transformación de la configuración liberal.

Coincido con el profesor De Castro, en cuanto a que el cambio clave que llevan a cabo los derechos económicos, sociales y culturales a la historia, ha sido transformación de la “función que tales derechos tenían asignada dentro de la organización de las relaciones individuo-Estado, más que la incorporación de unos cuantos derechos nuevos”.¹⁵⁶

Frente a esta concepción, tal y como lo analicé *supra*, los comunitaristas defenderán que debe transformarse la relación individuo-Estado y hacerse una configuración de la relación sociedad-Estado, ya que el ciudadano es relevante, en tanto y en cuanto, pertenezca a la comunidad social. A mi juicio, esta nueva etapa de reconocimiento de derechos, buscará que tanto el ciudadano como el Estado, tengan una mayor participación activa en las esferas de actuación

¹⁵² Debemos resaltar sobre todo la primera función, ya que en cuanto a la universalización de los servicios, se siguen prácticamente los mismos principios que se establece el Estado de bienestar en la corriente socialista.

¹⁵³ HARRIS, D.: *op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 30.

¹⁵⁵ Según señala el profesor DE CASTRO, la orientación marxista establece que los derechos económicos, sociales y culturales son el principio y fundamento de la organización económica, política y social, así como del desarrollo de la dignidad y de la libertad de los ciudadanos. Mientras que para los liberales sociales, dichos derechos son más que el medio necesario para dar contenido real y concreto a la libertad de los individuos. DE CASTRO, B.: *op. cit.*, p. 79

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 47.

del otro. Este proceso histórico, se extiende a dos elementos de la relación individuo-Estado “por el lado del individuo se amplía la concepción de la persona y por el del Estado se amplía también su actuación”.¹⁵⁷ En otras palabras, que no supone que se cambie la relación individuo-Estado, sino por el contrario, supone una innovación en cuanto a la proyección de las actividades de ambas partes.

Este nuevo giro, tiene como consecuencia una paradoja para la teoría de los derechos fundamentales, ya que los mismos deben su origen a la necesidad de limitar el poder del Estado, mientras que esta nueva esfera de derechos sociales supone la actuación del Estado para el disfrute de los mismos. Como lo señala el profesor de Asís se estaría ante la paradoja de la generalización, en donde se exige al Estado no interventor, a actuar en determinadas circunstancias.¹⁵⁸

A manera de hipótesis se puede considerar, que esta paradoja obedece a las características y fundamentaciones que se otorgan a los derechos civiles y políticos en contraposición de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, cada tipo de derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, obedecen a un momento histórico, con lo cual se hacen incompatibles alguna características generales que se le daban a la teoría de los derechos fundamentales en sus orígenes.

De acuerdo a lo visto en los apartados anteriores, mientras los derechos civiles y políticos proclamados en la etapa liberal consideraban al individuo como ser abstracto, universal e inmutable; desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales se ve al hombre como una persona que está inmiscuida en su realidad. Mientras los derechos civiles y políticos obedecen a una organización social en la que se exaltaba la libertad y la igualdad jurídica formal; los derechos económicos, sociales y culturales responden a la igualdad económica y social en la trama organizativa de las relaciones sociales, así como con la idea de la solidaridad de la comunidad. Por último, para el disfrute de los derechos civiles y políticos, es necesario un Estado que se abstenga de intervenir y que tan sólo garantice la protección de los derechos de autonomía de los ciudadanos; en sentido contrario, para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es imprescindible una acción positiva por parte del Estado para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos. En este último caso, una de las funciones más importantes del Estado suponía su intervención para compensar a los miembros de la comunidad por las fuerzas del mercado.

Si bien la distinción entre unos y otros se da por una transformación histórica, prefiero inclinarme por la postura que define a los derechos económicos, sociales y culturales como complemento de los derechos individuales.¹⁵⁹

157 DE ASÍS, R.: *op. cit.*, p. 91.

158 DE ASÍS, R.: *op.cit.*, p. 93.

159 La interpretación que se hace que “sólo los derechos de origen liberal son susceptibles de ser reconocidos como tales (derechos fundamentales), y desenmascara el artificial edificio que pretende la ex-

En definitiva, los derechos sociales, han ampliado el concepto de libertad que se defendía desde la perspectiva liberal de los derechos fundamentales, lo cual ha hecho que se tengan mayores derechos con titularidad individual, pero de realización social.

Esta ampliación de competencias del Estado, aunado al reconocimiento de mayores derechos para el individuo, ha permitido que se le otorgue al ciudadano más esferas de protección, ante las dificultades que surgen. El estudio realizado hasta aquí, me hace establecer que si bien el concepto de ciudadanía irá modificándose de acuerdo a las necesidades de sus sociedades y de las organizaciones políticas, la evolución que se ha dado del mismo hasta la fecha, ha supuesto el reconocimiento progresivo de derechos.

5. CONCLUSIONES

Para una mejor comprensión de la relación entre el individuo y el Estado, y en particular la de los ciudadanos con la organización política a la que pertenece, con este fin me he dado a la tarea de hacer algunas determinaciones conceptuales en el segundo apartado, dentro de las que se pueden establecer las siguientes premisas:

1. *Diferencia entre Nación y Estado*

El uso indistinto entre Nación y Estado surge en los siglos XVIII y XIX, induciendo a pensar que el uso de cualquiera de los dos términos se refiere a lo mismo. En realidad, el concepto de Nación está impregnado de elementos sociológicos como son el sentimiento de unidad

clusiva en esta materia para el pensamiento liberal... Por el contrario, y en esa posición integradora que incámbamos, se puede afirmar que todos los derechos fundamentales son derechos de libertad, es decir, que todos los derechos fundamentales pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad. Lo que ocurre es que se utilizan diversas técnicas para alcanzar esa finalidad, y que a partir del siglo XIX con la crítica socialista a la concepción liberal pura de los derechos fundamentales, se incorpora un componente igualitario que matiza y completa esa idea de los derechos fundamentales como derechos de libertad sin hacerla imposible y sin desvirtuarla, como pretenden los liberales doctrinarios”. PECES-BARBA, G.: *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Eudema, S.A., 1988, pp. 201-202. Como lo señala Pérez Luño es “innegable que entre los derechos tradicionales de libertad y la nueva categoría de los derechos sociales se dan importantes diferencias, lo mismo respecto a su significación que en lo que se refiere a los medios jurídicos para su tutela. Ahora bien, esto no debe conducir a un desconocimiento de la profunda complementariedad que existe entre ambas categorías ni a la negación de la positividad de los derechos sociales”. PÉREZ LUÑO, A.: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 87. En cuanto a la negación de positividad de los derechos sociales *Vid.* El profesor GUASTINI, quien establece que “1) Son ‘verdaderos’ derechos aquellos que satisfacen conjuntamente tres condiciones: a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; b) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; c) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. 2) Son derechos ‘sobre el papel’ -derechos ficticios- todos los que no satisfacen alguna de estas consideraciones”. Señala que los derechos frente al Estado pueden ser de acción o de omisión. Sin embargo, afirma que “hay que señalar que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales -al igual que los derechos morales- son derechos ‘sobre el papel’”. GUASTINI, R.: *op. cit.*, pp. 134-136.

de una determinada población, o en palabras de Bauer, de una comunidad de destino o comunidad natural. Mientras, que el Estado se ha dicho que es una construcción artificial, que se ha determinado por estar caracterizada por tener una población, un territorio y un poder de dominación, es decir, una colectividad organizada jurídicamente en un determinado territorio.

2. *Población y su relación con el Estado*

La población como uno de los elementos constitutivos del Estado puede obedecer a dos significados. Bien se le puede identificar con el concepto de Nación, o por el contrario se establece que la población está compuesta por personas y no con miembros de una comunidad que tengan un vínculo con esta última. En otras palabras, entiendo por población el grupo de individuos que están en el territorio de un Estado, sea permanente o transitoriamente. Si entiendo población en este sentido tan amplio, puede esgrimir que la misma se forma por los siguientes grupos de individuos:

a) *Nacional*. Debo resaltar que el concepto de Nación y de nacionalidad tendrán una evolución distinta a partir del siglo XIX, ya que mientras la Nación se basa en un vínculo sociológico, la nacionalidad es el reconocimiento jurídico del Estado a quienes tienen el vínculo sociológico. Tal y como se analizaba *supra*, la nacionalidad, a partir de este momento histórico, no dependerá sólo del contenido que se derive del término “Nación”, sino que además, supondrá un vínculo jurídico con la organización estatal. En razón de lo anterior, puede hablarse que nacionalidad se debe entender como “estatalidad”, ya que supone el reconocimiento jurídico de la nacionalidad de la que hablaba Mancini en sentido sociológico.

b) *Extranjero* entendido como el individuo o su grupo que no forma parte de una determinada comunidad. En este mismo sentido, podría afirmar que a estos individuos se les reconoce como no nacional, indistintamente que ostente un vínculo con otro Estado o que carezca de éste, como el caso de los apátridas.

c) *Ciudadano*. Este no es un concepto unívoco, sino que se puede identificar el mismo con tres grandes significados. En sentido amplísimo se puede identificar con cualquier miembro de la sociedad civil, es decir, ciudadano sería cualquier miembro de la población, sea éste nacional o extranjero. La única condición sería que se estuviera bajo el territorio y el poder de dominación del Estado. En sentido amplio, se identifica ciudadanía con nacionalidad. En otras palabras, es necesario el disfrutar del ligamen nacional para ser miembro de la ciudadanía. En sentido estricto, son ciudadanos los nacionales que cumplan los requisitos de ley, como pueden ser tener determinada edad y tener capacidad de actuar. En este sentido, la ciudadanía sería el *status* que disfrutaban sólo algunos de los nacionales de un Estado.

3. *Fundamentaciones de las concepciones de ciudadanía*

El tercer apartado tenía por objeto conocer el fundamento que tienen cada una de las concepciones de ciudadanía antes mencionadas, en virtud de lo cual me aboqué al estudio de tres

corrientes filosófico-políticas que se han visto involucradas en la definición de la relación individuo-Estado. Estudio que me permite afirmar cuáles individuos se les considera como ciudadanos, para así conocer los derechos fundamentales que se les ha concedido en cada una de las corrientes:

a) *El ciudadano liberal.* La corriente liberal fundamentará su construcción en la libertad negativa, es decir, en conceder a los individuos una serie de derechos autonomía, mientras que la función del Estado se mantiene como garante de los mismos, es decir, sin ningún tipo de injerencia dentro de la esfera privada de los individuos.

La exaltación de la libertad a través de los derechos de propiedad, llega a influir inicialmente en la concepción decimonónica de los ciudadanos. En esta época se otorgaba este *status* a los hombres de cierta edad que tuvieran derechos de propiedad. Los ciudadanos disfrutarán de los derechos de autonomía sobre la base de los derechos de propiedad absolutos.

La ciudadanía liberal al unirse con el sistema democrático, deberá dar igualdad jurídica en cuanto a la participación del ciudadano en la esfera pública, pero mantendrá ampliada la esfera privada. Los derechos civiles y políticos estarán en la esfera pública de forma restringida, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales serán parte del ámbito de la auto-superación.

La estructuración de los derechos de los ciudadanos, se hace a través de la relación de dos esferas claramente diferenciadas: una de ellas la pública restringida, pues lo que busca en realidad es que se dé el desarrollo del ciudadano como individuo autónomo en la esfera privada.

En definitiva los ciudadanos liberales, disfrutarán de los derechos autonomía concedidos a los individuos de la población de un Estado, y además, los derechos políticos como una esfera diferenciada de derechos que les otorga la organización política en la que se inscriben. Para poder acceder a esta última esfera, se debe obtener el *status* del ciudadano, de acuerdo a los requisitos que se impongan en el ordenamiento jurídico correspondiente. Puedo afirmar que la concepción del ciudadano liberal coincide con el sentido muy restringido, al cual hice referencia al final del acápite segundo. En otras palabras, la condición de ciudadano, en el Estado liberal, será otorgada a los nacionales de determinada edad, que cumplan con los requisitos que les imponga la ley.

b) *La ciudadanía social.* Ante las desigualdades sociales producto del sistema liberal, surgen corrientes como las sociales, en sentido amplio, que defenderán una construcción que tiene como fundamento el valor de la igualdad material. Estas corrientes le otorgarán a los individuos una serie de derechos sociales, que deben ser garantizados por la intervención activa del Estado en la esfera económica.

Sobre esta base, autores como Marshall y Titmuss establecen que la ciudadanía es un concepto variable en el tiempo, situación que lleva la conclusión que los derechos y obligaciones de

quienes ostenten este *status* no son inherentes al concepto de ciudadanía, sino que son producto de un desarrollo histórico que se va dando. La ciudadanía deja de ser un *status* de un sujeto ideal para convertirse en la calidad que se otorga con ciertos derechos a un sujeto situado.

Este concepto de ciudadanía social recibe dos grandes críticas. Por una parte, se establece que hará a los individuos irresponsables y por otra parte, que desconoce las diferencias de los diferentes grupos que componen la sociedad. A esto último haré referencia al final.

Esta nueva aproximación al concepto de ciudadanía, supone que la misma se entienda, con lo que expliqué en el segundo acápite, como ciudadanía en sentido amplio, es decir, en un sentido medio. Se entiende el concepto de ciudadanía como el *status* que se le otorga a un conjunto de individuos que son nacionales en un Estado, es decir, aquellos individuos que tienen un vínculo sociológico y jurídico con la organización política a la que pertenecen. La naturaleza misma de los derechos económicos y sociales, suponen que el individuo tenga una relación de cercanía con el Estado de bienestar que le garantizará sus necesidades básicas.

Debo resaltar que pese a esta nueva construcción y sus diferentes contenidos, el concepto de ciudadanía, sigue obedeciendo a la tradicional relación entre el individuo y el Estado. La única distinción serán las nuevas responsabilidades que tendrán ambas partes para el desarrollo de sus respectivas actividades.

c) *Ciudadano comunitarista.* Ante la decepción del desapego del individuo con la sociedad, buscan hacer su propia teoría de los derechos que deben ostentar los ciudadanos. Es así como parten, que no hay una teoría de los derechos fundamentales, ya que en palabras de Macintyre, eso es como creer en brujas y unicornios. Además aseveran que la comunidad es el punto de unión para todas las actuaciones del individuo, con lo cual establecen que en cada comunidad prevalecerán los valores que se quieran en ese núcleo y por otro lado, que se dejará de hablar del sujeto ideal liberal, y se tomarán en cuenta las necesidades del individuo situado.

La corriente comunitarista utilizará la solidaridad comunitaria como valor que le dará punto de partida a la organización social y política, así como a la adjudicación de derechos y deberes sociales a los miembros de esa comunidad. La solidaridad es entendida como el hecho de asumir los intereses del otro como propios. El Estado, en esta construcción, tendrá el papel de ser la solidaridad institucionalizada, es decir, tendrá como funciones compensar a los miembros de la comunidad para evitar el proceso de exclusión de la misma.

En definitiva, las diferencias entre comunitaristas y liberales descansa en dos elementos. Por una parte, en la concepción moral de la sociedad y el individuo, respectivamente, pero no en la distinción entre universalismo y relativismo; y por otra parte, en la prevalencia que le dan los comunitaristas a los deberes de los ciudadanos con respecto a la comunidad, mientras los liberales conceden trascendencia a los derechos individuales sobre los de la colectividad. Es así como el ciudadano será entendido como el miembro de la comunidad, que tendrá los derechos y deberes que le imponga el núcleo en el que se desarrolla, es decir, la comunidad en la que viva.

Puedo afirmar que el concepto de ciudadanía, establecido por la visión comunitarista, coincide con el sentido amplísimo del que hablaba en el apartado dos, es decir, que el carácter de ciudadano coincide con lo que definía como población. En este sentido, para los comunitaristas serían tan ciudadanos los nacionales como los extranjeros, porque lo importante no es ostentar la nacionalidad de un Estado, sino el ser miembro de una comunidad.

4. *La importancia de los derechos sociales en el concepto de ciudadanía*

El estudio de las corrientes anteriores, tanto las concepciones socialistas como la corriente comunitarista, establecen dentro de sus postulados la necesidad de la expansión de la esfera de derechos otorgados por los liberales a sus ciudadanos. Si bien cada una de las corrientes, tendrá una concepción diferenciada de lo que debe entenderse por ciudadanía, más amplia o más restringida, el elemento común de estas dos escuelas supuso, fue la búsqueda de la transformación de la configuración liberal. Coincidió con el profesor De Castro, en cuanto a que el cambio clave que llevan a cabo los derechos económicos, sociales y culturales a la historia, ha sido transformación de la “función que tales derechos tenían asignada dentro de la organización de las relaciones individuo-Estado, más que la incorporación de unos cuantos derechos nuevos”.¹⁶⁰

En definitiva, los derechos sociales, han ampliado el concepto de libertad que se defendía desde la perspectiva liberal de los derechos fundamentales, lo cual ha hecho que se tengan mayores derechos con titularidad individual, pero de realización social.

Esta ampliación de competencias del Estado, aunado al reconocimiento de mayores derechos para el individuo, ha permitido que se le otorgue al ciudadano más esferas de protección, ante las dificultades que surgen. El estudio realizado hasta aquí, me permite establecer que si bien el concepto de ciudadanía irá modificándose de acuerdo a las necesidades de sus sociedades y de las organizaciones políticas, la evolución que se ha dado del mismo hasta la fecha, ha supuesto el reconocimiento progresivo de derechos.

Si bien he analizado los cambios producto de la introducción de conceptos como los derechos sociales, debo advertir, que el concepto de ciudadanía está inacabado. La década de los 90 ha hecho que el concepto de ciudadanía sea puesto a prueba una vez más, tanto por el proceso de diferenciación como por los diferentes ámbitos de internacionalización en los que se encuentra inmiscuido todo ciudadano de finales del siglo XX. En cuanto, al proceso de diferenciación, debo señalar que se han tomado como base, la idea del comunitarismo, de ciudadanía como membresía dentro de una comunidad, con el fin de que se dé un cambio de relación individuo-Estado por la relación sociedad-Estado. Lo anterior responde a que se busca el reconocimiento de derechos de grupos en el seno de nuestras sociedades. En cuanto al proceso de internacionalización, debo rescatar que estamos viviendo una serie de procesos de integración, lo

160 *Ibid.*, p. 47.

cual nos significa establecer los nuevos ámbitos de protección que tendrá el ciudadano frente a otras organizaciones políticas que se formen. Así como estos procesos, sucederán otros, los nuevos tiempos nos establecerán los requisitos y derechos que se asocien con el concepto de ciudadanía.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA

Luis López Guerra^(*)

1. INSUFICIENCIAS Y COMPLEJIDADES EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El peculiar origen y desarrollo del proceso de integración europea, basado en el famoso enfoque “funcionalista”, y que ponía el acento en la incorporación paulatina de áreas muy diversas (comenzando por las económicas) a ese proceso, si bien ha resultado en notables éxitos, que se manifiestan en la misma existencia y alcance de la Unión Europea, no deja de mostrar aspectos problemáticos a la hora de consolidar la nueva estructura de poder que se afirma hoy en el continente. Uno de estos aspectos (y no sería difícil citar otros)¹ es el referente a la posición y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, en el sentido del art. 8.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea,² frente a las instituciones y poderes públicos, tanto en el nivel común europeo como en el estrictamente nacional. El crecimiento de las competencias de las autoridades comunes europeas (en los ámbitos ejecutivo, normativo y judicial) ha venido a situar dentro de su ámbito de actuación una porción muy significativa de la actividad vital de los ciudadanos europeos; y sin embargo, el crecimiento de esas competencias no se ha visto acompañado de un correlativo aumento de las garantías frente a su mal uso.

La perspectiva posibilista inicial del proceso de integración se tradujo, entre otros aspectos, en la inexistencia de una proclamación de derechos individuales en los Tratados que iniciaron la andadura de las distintas Comunidades Europeas a partir de 1951, y esta ausencia se ha mantenido hasta el momento, a través de las múltiples transformaciones esos tratados, culmi-

(*) Catedrático de Derecho Constitucional, Magistrado del Tribunal Constitucional, y Vicepresidente Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España.

1 Por ejemplo, el relativo al famoso “déficit democrático” en las instituciones europeas.

2 “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. La versión del Tratado de Amsterdam añade “la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”.

nando, en el momento de escribirse estas líneas, en la redacción del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997. No se encuentra, pues expresamente incluida en los documentos fundamentales de la Unión Europea, una tabla común de derechos que garantice las posiciones básicas de los ciudadanos frente a las autoridades europeas y, aún menos, frente a las autoridades nacionales. Esta ausencia se ha visto, poco a poco, paliada por dos líneas paralelas de acción: por un lado, mediante la acción pretoriana del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; por otro, por la sucesiva incorporación a los textos europeos de referencias crecientes al reconocimiento y garantía de esos derechos.³

El resultado de todo ello ha sido una situación que puede calificarse de insuficiente y compleja. Insuficiente cuando falta una regulación expresa y comprensiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos: compleja porque esa falta se ve suplida por una red de normas e instituciones en varios niveles, a veces de difícil compatibilización. Efectivamente, cabe identificar, en el ámbito regional europeo, varias dimensiones relativas a la protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, los sistemas de protección nacional, que culminan, en algunos casos, en la existencia de un Tribunal Constitucional encargado de la garantía de los derechos constitucionales; en segundo lugar, el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales que resulta del Convenio Europeo de 1950, sistema presidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo; finalmente, el sistema, aún embrionario, que resulta de la evolución de los textos básicos de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁴

Pero aún más. Esa complejidad se encuentra dentro del mismo ámbito de la Unión. Pues el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, en la medida que existe, no se expresa con igual intensidad en las diversas manifestaciones de la Unión Europea. En lo que se refiere al campo en que se ha desarrollado una efectiva política de integración, esto es, lo referente a la Comunidad Europea, el reconocimiento y garantía de derechos fundamentales ha experimentado en proceso de crecimiento y relativa consolidación, siempre dentro de una perspectiva parcial. Pero en los “pilares” de la Unión en que el principio rector sigue siendo la cooperación internacional, más que la integración (esto es, en los pilares relativos a la política exterior, y, sobre todo, la política común de justicia e interior) ese reconocimiento y garantía apa-

3 La bibliografía sobre los derechos fundamentales en el ámbito de la Comunidad, y, a partir de 1992, la Unión Europea es muy considerable. Una útil referencia, de fondo y bibliográfica, puede encontrarse en Ricardo GOSALBO BONO, “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1 (1997) págs.29-68. Para una visión general, Paloma BIGLINO CAMPOS “Derechos fundamentales” en *Diccionario de términos comunitarios*. (dir. por Paloma BIGLINO), Madrid, 1997, págs. 148-153. De la misma autora “De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales” *Revista de Estudios Políticos*, 97 (1997), págs. 71-103.

4 Una visión general de los diversos niveles y su difícil interrelación puede encontrarse en Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y Alejandro VALLE GÁLVEZ “El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2 (1997), págs. 329-376.

rece aún notablemente diluido.⁵ En todo caso, la letra de las normas básicas de la Unión continúa, a este respecto, siendo notablemente parca, tanto en lo que se refiere al pilar comunitario como a los otros dos pilares. Pero, como se señalará más adelante, esa parquedad puede que sea, a fin de cuentas, la mejor solución, a menos que se emprenda un, aún hoy improbable, proceso constituyente europeo que reforme en profundidad la estructura constitucional -y política- de la región.

Ante esa parquedad, la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea ha sido, en primer lugar, obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Como toda jurisprudencia, presenta notables desventajas, en cuanto fuente de Derecho, frente a la tarea del legislador; la construcción caso a caso da lugar al mantenimiento de lagunas, y los cambios en la jurisprudencia conducen en ocasiones a la inseguridad jurídica. Pero en el caso de la Unión Europea, y hasta fechas relativamente recientes, sólo la jurisprudencia pudo construir las bases de un sistema de protección de esos derechos, bases que luego han sido -muy parcialmente- completadas por los Tratados de Maastricht y Amsterdam.

2. LA LABOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS⁶

En su origen, las Comunidades Europeas aparecían como Comunidades funcionalmente limitadas, sin pretensiones inmediatas de establecimiento de *status* jurídicos globales garantizados para los ciudadanos de los países miembros, incluso durante los primeros años de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas fue patente la resistencia a extraer de los Tratados Comunitarios consecuencias relativas a la consagración de unos “derechos fundamentales” frente a los poderes comunitarios. De hecho, hasta la sentencia en el caso Stauder, en 1969, no llegó el Tribunal a pronunciarse positivamente sobre la existencia de unos “derechos fundamentales de la persona comprendidos dentro de los principios generales de Derecho Comunitario cuyo respeto asegura el Tribunal”.

Al menos esta declaración representaba un principio; pero un principio ciertamente limitado. Mayor relevancia tuvieron, para la admisión por las instituciones comunitarias de la necesaria presencia de unos derechos fundamentales básicos con fuerza vinculante, dos decisiones,

5 Un análisis del concepto de integración, en sus referencias a la Unión Europea, puede encontrarse en Antonio LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e Integración*, Madrid, 1996; también en Pablo PÉREZ TREMPES, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, 1993, págs. 35 y ssgs.

6 Para una visión más amplia, valga remitirse a Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS. “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” en el volumen colectivo editado por la Universidad Carlos III de Madrid. *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1993, págs. 203-224, así como a José Carlos MOITINHO DE ALMEIDA. “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS y Diego J. LIÑAN NOGUERAS, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, págs. 97-131.

adoptadas una dentro y otra fuera de las instituciones de la Comunidad: por un lado, una decisión del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe; por otro, la Sentencia *Nold*, del Tribunal de Justicia de las Comunidades.

En cuanto a la primera, se trata de la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 1974, usualmente denominada como el caso *Solange 1*, en que el Tribunal, ante la falta de una garantía suficiente de los derechos fundamentales por los Tratados Comunitarios, se reserva la posibilidad de enjuiciar, desde los derechos declarados en la Ley Fundamental de Bonn, la adecuación a tales derechos de las decisiones comunitarias. Ello representaba, como puede apreciarse, la creación de un potencial flanco débil respecto del principio de supremacía del Derecho Comunitario. El que esta potencialidad no se desarrollase se debió, sin duda, a que las mismas instituciones comunitarias procedieron a extraer de los textos fundacionales de las Comunidades un inicial catálogo de derechos fundamentales, en un proceso que es hoy ya evidente y que ha sido estudiado detenidamente por el Presidente del Tribunal de Justicia, profesor Rodríguez Iglesias.⁷

Esto nos lleva a la segunda resolución trascendental a que se hizo referencia. Pues punto básico en este proceso fue la Sentencia recaída en el caso *Nold*, en 1974, pocos días antes de la emisión de la Sentencia *Solange 1*, por el Tribunal Constitucional Federal. Además le cabe en este respecto al Tribunal de Justicia de las Comunidades el haber introducido, en forma paulatina pero resuelta, un concepto comunitario de “derechos fundamentales” que posiblemente haya impedido confrontaciones perjudiciales entre autoridades comunitarias y autoridades nacionales.

La Sentencia *Nold*, y las resoluciones sucesivas que complementan y desarrollan la doctrina allí sentada, parte de la existencia de una serie de principios generales del Derecho Comunitario, de los que resultan derechos fundamentales que vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y jurisdiccional de la Comunidad, principios que pueden extraerse de tres tipos de fuentes que se complementan entre sí: en gran parte, esta construcción, iniciada hace casi veinticinco años, sigue siendo válida. El Tribunal parte -para la definición de una tabla jurisprudencial de derechos fundamentales- de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de los instrumentos internacionales de los que son signatarios esos Estados y, finalmente, de los mismos mandatos de los Tratados fundacionales. Se trata de un conjunto complejo de fuentes, que a lo largo de los años se ha ido integrando en la jurisprudencia del TJCE. Pero se trata, en todo caso, de principios generales que se quiere reconducir al ordenamiento comunitario, a partir de menciones que reconocen la misma existencia de esos principios, como pudiera ser, por ejemplo, la del art. 215 TCE;⁸ esto es, la formulación de un catálogo de derechos fundamentales se efectúa como un catálogo no heterónimo, sino basado en el propio Derecho de

⁷ Ver las notas 4 y 5

⁸ “La responsabilidad contractual de la comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate. En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros...”.

la Comunidad. La referencia a factores externos serviría como elemento de interpretación del Derecho Comunitario.

a) El primer elemento de interpretación, como se ha señalado, ha sido el derivado de los principios generales, relativos a derechos fundamentales, comunes a los Estados miembros. La sentencia *Nold* ya hace referencias a este elemento: “no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de esos Estados”. Y referencias de este tipo se repiten a partir de ese momento en la jurisprudencia del Tribunal; así, en los casos *Hauer* (1979) o *Hoechst* (1989) por citar sólo casos ya dotados de la pátina de lo clásico. Ahora bien, esta referencia al elenco común de derechos fundamentales tiene por sí sola un valor reducido; el problema consiste, no sólo en identificar unos derechos fundamentales comunes que puedan sustentar la deducción de unos principios generales de Derecho Comunitario, sino, yendo más allá, en establecer cuál es la intensidad de la protección de estos derechos, esto es, la fijación de los límites de su protección. En esto sí que varían los ordenamientos de los países miembros, aún dentro de una relativa homogeneidad.

Como ha señalado Rodríguez Iglesias,⁹ el Tribunal de Justicia ha sabido, partiendo de los niveles o *standards* de protección de los derechos fundamentales comunes en los diversos países europeos, elaborar su propio *standard*, partiendo de consideraciones críticas y valorativas propias. No se ha limitado a elaborar un *standard* mínimo de protección, seleccionando el mínimo común denominador de los diversos ordenamientos, ni se ha pronunciado en favor de una fórmula o solución nacional concreta como ejemplo a seguir. Por el contrario, ha preferido ir desarrollando sus propios criterios de protección, de tal manera que hoy puede hablarse con todas las limitaciones que son del caso de un auténtico *standard* jurisprudencial comunitario.

b) Una segunda línea para la precisión de esos “principios generales del Derecho Comunitario” traducibles en garantías de derechos fundamentales frente a los poderes de la Comunidad ha sido la representada por el recurso a los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas. También en este aspecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha llevado a cabo una meritoria labor, que ha supuesto una incorporación implícita al ordenamiento comunitario de algunos de esos textos, notablemente el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como en el caso de las “tradiciones constitucionales comunes” a los Estados de la Unión, ello no supuso la asunción formal del CEDH por parte del Tribunal de Justicia como fuente con valor propio: la vía seguida fue la utilización de sus mandatos como medio de identificación y precisión de los “principios generales” del ordenamiento comunitario. El hecho de que todos los países integrantes de la Unión Europea sean firmantes del CEDH no fue suficiente para que el Tribunal admita esa fuerza vinculante formal, frente a consideraciones distintas en otros supuestos (por ejemplo, las contenidas en la Sentencia en el caso *International Fruit Company*, de 1972, en relación con el GATT). Pero, así y todo, y a partir del caso *Rutili*, en 1975, el Tribunal viene aplicando en la práctica las disposiciones del CEDH como parte integrante del Derecho Comunitario, siquiera sea por la vía indirecta antes señalada.

9 “La protección...” *op.cit.*, págs. 208-209.

c) La última fuente empleada por el Tribunal de Justicia en su esfuerzo por configurar un ámbito de “derechos fundamentales” protegidos por el ordenamiento comunitario ha sido, como es lógico, el mismo contenido expreso de ese ordenamiento: es decir, las libertades básicas contenidas en los Tratados Comunitarios. Se trata de libertades básicas de carácter eminentemente económico, de acuerdo con el enfoque “funcionalista” a que arriba se ha hecho referencia. Pero la jurisprudencia del TJCE ha hecho posible que esas libertades económicas se hayan convertido en ámbitos garantizados de libertad de carácter más amplio. En temas como el referente a la no discriminación, en aplicación del principio de igualdad (caso Ruckdeschel, de 1977, en interpretación del art. 40.3 del Tratado) o a la interdicción de discriminación por razones de sexo (caso Defrenne, 1978), disposiciones de los Tratados constitutivos se han extrapolado conscientemente por el TJCE, para convertirlas en instrumento de garantía y reconocimiento de derechos fundamentales.

3. LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA. LAS INNOVACIONES DEL TRATADO DE MAASTRICHT

El Tratado de Maastricht supuso un avance considerable en el tratamiento de los derechos fundamentales en el marco de la por él constituida Unión Europea, y vino a confirmar la corrección de la labor llevada a cabo hasta el momento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades. Así y todo, no representó un paso definitivo en la consagración de la protección de esos derechos, sino como mucho, un hito en un camino en que aún queda mucho por recorrer.

Continuando una línea ya iniciada por el Tribunal de Justicia, el artículo F 2 del Tratado de la Unión vino a proclamar que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”. Se produjo así un paso trascendental, en el Derecho europeo, en lo que se refiere al reconocimiento de la tabla de Derechos del Convenio Europeo, reconocimiento que pasa de la jurisprudencia a la normativa básica. No conviene, en todo caso, exagerar el alcance de este paso, a la vista de, como se señalará más abajo, la falta de garantías efectivas, de tipo jurisdiccional, para la vigencia, en el ámbito de la Unión, de los derechos de la Convención.

La reforma de Maastricht supuso, también, aparte de declaraciones generales, una ampliación de los derechos fundamentales concretos aplicables en el pilar “comunitario” de la Unión. En efecto, en el Tratado Constitutivo de las Comunidades se introdujeron nuevos derechos, que tienen una proyección claramente externa a consideraciones de tipo económico; el “funcionalismo” inicial se disipa así definitivamente. Se reconoce (a los ciudadanos de la Unión) el derecho a la libre circulación en el territorio de los Estados miembros (art. 8 A) y a la libre residencia en ellos (ibídem), el derecho a ser elector y elegible en elecciones municipales en el país de residencia (art. 8 B), el derecho a la protección diplomática y consular (art. 8 C) y un derecho-garantía, el derecho de petición al Parlamento Europeo (art. 8 D). En virtud de

este último artículo, en relación con el art. 138 D del Tratado, los ciudadanos de la Unión podrán dirigir peticiones al Parlamento Europeo “sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente”, ámbitos de lo que ya no es posible excluir los referidos a los derechos fundamentales. Aun sin dar motivos espectaculares para echar campanas al vuelo, esta nueva tendencia en el Derecho Comunitario abrió por fin una vía hasta el momento intransitada en sede normativa.

Ello vino a corroborarse mediante la introducción de una auténtica novedad en el ordenamiento comunitario (aunque no en el de los Estados miembros, en que constituía ya una institución arraigada), como fue la creación de un Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo (art. 138 E) “facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios”.

La mayor crítica frente al tratado de Maastricht se ha hecho residir en que dejó sin desarrollar un área que hubiera resultado imprescindible para la efectividad de sus declaraciones en materia de derechos fundamentales: la referente a su protección jurisdiccional. Ello resulta particularmente evidente en lo que atañe a los pilares “no comunitarios” esto es, política exterior y justicia y seguridad.

El texto base en este aspecto era (y sigue siéndolo en la versión del tratado de Amsterdam) el artículo L del Tratado de la Unión. En su virtud, en la versión Maastricht, se excluía del conocimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades una amplia serie de materias: todas las no comprendidas dentro del Tratado Constitutivo de la Comunidad y casi todas las correspondientes a los otros dos pilares de la Unión. Quiere esto decir que la solemne afirmación contenida en el artículo F.2 del Tratado de la Unión, a que se ha hecho referencia, proclamando el reconocimiento de los derechos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos, se vio privada de una protección jurisdiccional específica, por cuanto ese artículo no se incluye en el Tratado de la Comunidad Europea, sino que queda incardinado en la Sección titulada “Disposiciones Comunes”, previa a la “parte comunitaria” del Tratado de la Unión.

El artículo L del Tratado tenía unas consecuencias eminentemente restrictivas, sobre todo en lo que atañe a los pilares no comunitarios, respecto de los cuales la jurisdicción del Tribunal de Justicia quedaba prácticamente excluida. Y ello pese a la rotundidad de las afirmaciones de índole declarativa que el Tratado contenía. así, por lo que se refiere a la política exterior y de seguridad común, el artículo J.1.2 del Tratado proclamaba (y sigue proclamando, en su versión de Amsterdam) como objetivo de la política exterior y de seguridad común “el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Y en la sección dedicada a la cooperación en los ámbitos de justicia e interior, el artículo K 2.1 establecía que las cuestiones objeto de cooperación en ese ámbito “se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y de la

Convención sobre el Estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y teniéndose en cuenta la protección concedida por los Estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos”.¹⁰ Proclamaciones estas que quedaban muy desustanciadas en virtud del contenido del artículo L.

Las previsiones de este artículo del Tratado dejaban, en consecuencia, huérfanos de protección jurisdiccional, en gran manera, los derechos y libertades generosamente reconocidos o adoptados como guías de conducta por los poderes de la Unión. En este aspecto, la salvaguardia, en último término, de esos derechos y libertades, seguía siendo la actuación del Tribunal de Justicia, en su tarea interpretativa.

4. LA INCIDENCIA DEL TRATADO DE AMSTERDAM

El Tratado de la Unión Europea de 1992 se ha visto modificado por el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997.¹¹ De nuevo se abre un quizás trabajoso proceso de ratificaciones nacionales, con las en algunos casos inevitables reformas constitucionales.¹² Así y todo, no parece imprudente estimar que en breve sus disposiciones serán la norma básica de la Unión.

En lo que aquí importa, ello supone algunos cambios, aún cuando la situación general del ordenamiento europeo en relación con los derechos fundamentales no se ve radicalmente alterada. Si el ritmo de la integración europea se intensifica en otros aspectos, esta intensificación es menor en lo que se refiere a la creación de una tabla de derechos fundamentales garantizados. El texto de Amsterdam supone así una cierta mejora incremental, pero sólo eso, y, en algún aspecto, hasta esta consideración es dudosa. Como positiva, ciertamente, puede considerarse la introducción de una garantía política, como la contenida en el artículo 7.1 del Tratado de la Unión, al prever que el Consejo “podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo F, tras invitar al Gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones”. A su vez, el citado apartado 1 en su nueva redacción, establece que “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los estados miembros”. Se trata, en todo caso, de una garantía que implica, como es obvio, el empleo de artillería jurídico-política de grueso calibre; lo que no deja de poner de manifiesto la ausencia de vías menos llamativas pero más efectivas.

¹⁰ Esta disposición desaparece en la versión de Amsterdam.

¹¹ Como comentario inicial a las reformas de 1997, puede consultarse el de Jean-Marc FAURET “Le Traité d’Amsterdam: une révision a minima de la “Charte constitutionnelle” de l’Union Européenne” *Cahiers de Droit Européen* 5-6 (1997), págs. 555-605.

¹² Así lo muestra, al menos, la decisión 97-394 del Consejo Constitucional francés, que establece que “la autorización de ratificar, por medio de una ley, el tratado de Amsterdam no puede producirse más que tras la revisión de la Constitución”. En España no dejan de apuntarse voces en favor de una reforma constitucional previa a la ratificación del Tratado: así, Pablo PÉREZ TREMPES. “El Tratado de Amsterdam y la Constitución española” *El País*, 5 de marzo de 1998.

También puede considerarse una aportación positiva la nueva redacción del título VI del Tratado, sobre “Disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal” en cuanto que ahora se establece la jurisdicción del Tribunal de justicia (si bien con alcance perjudicial) en determinadas materias del “tercer pilar”. El artículo K.7 del Tratado, en su apartado 1 prevé que “el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente, con arreglo a las condiciones que establece el presente artículo, para pronunciarse, con carácter perjudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de convenios celebrados de conformidad con el presente título y sobre la validez e interpretación de las medidas de aplicación”. Los apartados 6 y 7 del artículo añaden otras competencias al Tribunal; la contenida en el apartado 6 implica la posibilidad de impugnar ante el Tribunal, por un Estado o por la Comisión decisiones marco y decisiones que vulneren el Tratado, sin que se hagan excepciones en cuanto a los parámetros que han de servir como punto de referencia. Aparece así un posible control en relación con los derechos fundamentales consagrados por remisión en el artículo F, apartado 2, aún cuando sólo los Estados miembros, o la Comisión estén legitimados para acudir al Tribunal. En la redacción de Amsterdam, desaparece la mención, en el Título de que trata, al Convenio Europeo de 1950 y a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, mención que, como se vio, efectuaba el artículo K 2 del Tratado de Maastricht; pero esta desaparición no implica la de los efectos del artículo F, apartado 2 en su nueva versión. Por fin, resulta de interés, en cuanto a su vertiente limitadora de la jurisdicción del Tribunal, el apartado 5 del artículo K 7, en que se determina que “El tribunal de Justicia no será competente para controlar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto al mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior”.

El progreso que puede suponer el texto de Amsterdam, en materia de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea, se ve reducido por el mantenimiento de las restricciones que sigue imponiendo el artículo L del Tratado de la Unión. La cláusula general del artículo F, apartado 2 sigue permaneciendo en el ámbito de las disposiciones comunes. El Tratado de Amsterdam incluye un apartado del artículo L, en que se admite el ejercicio de las competencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades en relación con el apartado 2 del artículo F “con respecto a la actuación de las instituciones, en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y al presente Tratado”. El sentido de este apartado no aparece suficientemente claro. El tenor general del artículo sigue siendo restrictivo (“Las disposiciones (...) relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del presente tratado”), pero la competencia del TJCE se extiende a los derechos reconocidos por remisión en el art. F, apartado 2, *con respecto a la actuación de las instituciones*. En una interpretación también restrictiva, podría entenderse que las instituciones son las *instituciones* de la Unión; ello excluiría los órganos o poderes públicos de los Estados integrados en ella. En tal caso, los derechos reconocidos en el artículo F, apartado 2, tendrían, en virtud de ese artículo, una protección jurisdiccional limitada por parte del TJCE: sólo frente a los poderes de la Unión, y no frente a otros poderes.

En todo caso (y sin entrar ahora en la exégesis del artículo L citado, de plurales lecturas como suele ocurrir en textos consensuados) la progresiva necesidad de una “política de los derechos fundamentales” en la Unión Europea se sigue mostrando con caracteres cada vez más acuciantes. Tras la muy moderada reforma de Amsterdam, al menos tres aspectos son evidentes:

a) La protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión, en el marco jurídico de ésta, sigue en gran manera dependiendo de la elaboración jurisprudencial del TJCE, basada en la cláusula ya acuñada relativa a “los derechos reconocidos en la CEDH y las tradiciones constitucionales comunes”, con las consecuencias que se derivan en cuanto a la incertidumbre sobre el mantenimiento de líneas jurisprudenciales, y su efecto sobre la seguridad jurídica.

b) La cuestión se hace aún más acuciante en lo que se refiere a los derechos económicos y sociales, dado que aún hoy, la Unión Europea, sobre todo en su pilar comunitario, sigue presentando una dimensión fundamentalmente económica y social, de forma que sus actividades inciden especialmente en estas áreas de la vida de los ciudadanos. Y, precisamente, son los derechos económicos y sociales los que, pese al desarrollo del “constitucionalismo social” han recibido una menor protección en Constituciones y Tratados, y donde con menor intensidad puede, aún hoy, hablarse de “una tradición constitucional común”.¹³

c) Finalmente, la baja intensidad de la protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión puede provocar tensiones constitucionales, si se producen contradicciones entre las actuaciones de la Unión y los criterios constitucionalmente previstos en el marco nacional para la defensa de derechos fundamentales; en el sentido de que las instituciones nacionales encargadas de la defensa de esos derechos pueden verse tentadas a desautorizar la actividad de órganos de la Unión Europea, o de órganos estatales actuando como agentes del Derecho de la Unión. Son bien conocidas las advertencias que, de vez en cuando, y en este sentido, formula el Tribunal Constitucional Federal Alemán: la más conocida de ellas, la contenida en su Sentencia *Maastricht*, de 12 de octubre de 1993.¹⁴

13 Valga remitirse, en este aspecto, a las consideraciones efectuadas por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, en “Los derechos sociales y civiles en la Unión Europea”, M. MARTÍNEZ CUADRADO, (dir.), *Europa siglo XXI*, Madrid, 1997, págs. 97-104; con mayor amplitud, la cuestión se trata en el informe *Pour une Europe des droits civiques et sociaux*. Rapport du Comité des Sages, presidé par María de Lourdes PINTASILGO, LUXEMBOURG, 1996.

14 Sobre esta Sentencia, A. LÓPEZ CASTILLO, “De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la ley Fundamental Alemana”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 90 (1994) págs. 207-240. Para el peligro de enfrentamiento entre actividad jurídica de la Unión y jurisprudencia constitucional, ver E. GARCÍA DE ENTERRÍA “Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l’Union Européenne” en *Cahiers de Droit Européen* 5-6 (1996), págs. 607-612, esp. págs. 611-612.

5. ¿UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LA UNIÓN EUROPEA?

Así y todo, la adopción de una tabla (por creación o por adhesión) de derechos fundamentales, con su propia protección jurisdiccional, aplicables en la Unión Europea, no deja de plantear notables dudas. Como ejemplo, valga examinar brevemente las soluciones que usualmente se proponen.

a) La más directa, y con inmediatos resultados prácticos, sería la consistente en que la Unión Europea suscribiera, como un miembro más, el Convenio Europeo de 1950: el hecho de que la Unión no sea un Estado no representa un obstáculo insalvable, ya que la Convención no prohíbe en forma alguna la adhesión a entes supranacionales. Las propuestas en esta dirección han sido muy numerosas, incluso dentro de las instituciones de la Comunidad. Así, la Declaración de Copenhague de 1973, sobre la identidad europea, hacía referencia a la necesidad de una más fuerte protección de derechos fundamentales, en la línea de la Convención de 1950; así como la declaración conjunta del Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977, que viene a insistir sobre el tema. Quizás la expresión más acusada de esta propuesta es la constituida por el memorándum elaborado por la Comisión Europea el 4 de abril de 1979, que propone la adhesión al Convenio de 1950, de forma que los ciudadanos europeos pudieran disponer de los mecanismos de protección allí previstos. A ella se unió la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de 1950. Y, como último capítulo hasta el momento, en este tema, el Consejo de la Unión Europea el 26 de abril de 1994 formuló una solicitud de dictamen al Tribunal de Justicia en los siguientes términos: “La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo “el Convenio”) ¿sería compatible con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea?”.

La respuesta se proporcionó por el Tribunal de Justicia en su dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, que venía a concluir que “en el estado actual del Derecho Comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales”. El Tribunal considera que la adhesión “tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría, pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado”.

Esta solución, pues, presenta considerables dificultades: entre ellas, y como resulta del dictamen del Tribunal, que requeriría una reforma del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Las reformas introducidas en Amsterdam, como se vio, no contemplan nada de esta guisa, y no parece probable que en estos momentos exista una voluntad política para ello.

Esta falta de voluntad política puede explicarse por una serie de consideraciones. Quizás una de las más relevantes sea la relativa a que la adhesión supondría el sometimiento de los órganos de la Comunidad a una autoridad extracomunitaria, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Al no coincidir el ámbito del Convenio de 1950 con el integrado por los miembros de la Unión, el resultado sería que Estados extracomunitarios, repre-

sentados en las instancias jurisdiccionales resultantes del Convenio de 1950, tuvieran un poder (o una participación en el poder) de decisión sobre actuaciones de la Unión. Se ha propuesto en alguna ocasión, como solución intermedia, la adhesión al elemento declarativo de la Convención, sin aceptar la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁵ Ahora bien, ello, en definitiva, no supondría sino la introducción, mediante el mecanismo de la adhesión, de una Declaración de Derechos de la Comunidad Europea; declaración de Derechos que vendría así a coincidir con la contenida en la Convención Europea.¹⁶

La discusión al respecto, en su situación viene a poner de relieve dos cuestiones íntimamente relacionadas. Por un lado, la relativa a la misma naturaleza y contenido de la Convención Europea como paradigma de una tabla de derechos de la Unión Europea; por otro, la conveniencia y posibilidad de la formalización de esa tabla de derechos. En lo que atañe al primer punto, no hay que olvidar que la Convención Europea aparece en un momento histórico definido, sometida a unos peculiares condicionamientos. Entre ellos, la absoluta prevalencia dada a los derechos de tipo tradicional (derechos de libertad) en detrimento de los derechos económicos y sociales. Pero, precisamente, es en el ámbito económico y social donde las instituciones europeas desarrollan su máxima actividad, y donde, por tanto, una mayor labor de reconocimiento y garantía de derechos es necesaria. La adopción de la Convención de 1950 como Declaración de Derechos de la Unión Europea, privándola de un elemento tan definitorio como es el mecanismo de garantía jurisdiccional que representa el Tribunal de Estrasburgo, supondría recurrir a un instrumento del que se mantendrían sus aspectos más cuestionables (una tabla de derechos incompleta) mientras que se prescindiría del más apreciable (una garantía jurisdiccional externa).

b) Lo que conduce al examen de la segunda solución usualmente propuesta. Parece lógico asumir que, si lo que se necesita es una Declaración de Derechos, sea lo más adecuado recurrir a una elaborada *ex novo*, que complete las deficiencias de la Convención Europea de 1950.¹⁷ Pero, precisamente, lo que cabe discutir es la premisa mayor: la posibilidad -y conveniencia- de una Declaración de Derechos de la Unión Europea, ya en vía adhesiva (mediante la incorporación a la Convención de 1950) ya en vía principal (mediante la elaboración de una nueva Declaración).

Las razones para la duda surgen de un dato al que ya se ha hecho mención: la complejidad que resulta de los diversos sistemas de protección de derechos fundamentales presentes en este momento en el ámbito regional europeo. La Unión Europea y sus instituciones no operan, como es obvio, en el vacío, sino que se insertan en un espacio jurídico ya -por decirlo así- "sa-

15 Sobre este punto, ver las consideraciones de GOSALBO BONO, en *op.cit.* p. 51, sobre J.A. CARRILLO SALCEDO "La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas" en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1986, p. 25.

16 Una amplia crítica puede encontrarse en el Informe PINTASILGO, citado en nota 13, págs. 49-50.

17 Ello se ha propuesto, tanto defendiendo una Declaración de Derechos "clásica" como sugiriendo formas más novedosas y complejas: el citado Informe PINTASILGO podría reconducirse a esta última fórmula, al contener una propuesta de establecimiento de varios niveles de derechos "fundamentales".

turado” por una red preexistente de instituciones y normativas nacionales y supranacionales, especialmente en el campo de los derechos fundamentales. Como consecuencia, cualquier innovación en este aspecto en el ordenamiento comunitario debe tener en cuenta sus posibles consecuencias sobre la operación de otros ordenamientos vigentes en el mismo ámbito geográfico.

La creación de una Declaración de Derechos de la Unión Europea (dejando ahora de lado su contenido) tendría sentido, obviamente, si viniera acompañada de los instrumentos de garantía jurisdiccional que asegurasen su efectividad. Desde la perspectiva actual de las instituciones europeas, la garantía jurisdiccional específica de una Declaración de Derechos propia no sería otra que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ello colocaría a esta institución en una posición similar, en cuanto a parte de sus cometidos, a la de otras instituciones, como son los Tribunales Constitucionales (en los países en que existen y son competentes en materia de protección de derechos fundamentales) o el Tribunal de Estrasburgo. Las consecuencias que podrían derivarse merecen alguna reflexión.

Para comenzar, una primera cuestión se plantea en relación con el contenido de la Declaración de Derechos. Aún teniendo en cuenta la relevancia de los derechos económicos y sociales, una Declaración de Derechos digna de tal nombre debería recoger, prácticamente en su totalidad, el contenido de la Convención Europea de 1950, como mínimo irrenunciable. Con ello se produciría una duplicidad normativa, tanto respecto de la misma Convención como de muchas de las Constituciones nacionales, que incorporan el núcleo de los derechos en ella reconocidos, o se refieren a la Convención directa o indirectamente.

Esta duplicidad no resultaría problemática si el alcance personal de la jurisdicción de los diversos órganos judiciales competentes en materia de derechos fundamentales en el ámbito europeo quedase claramente delimitada. Pero ello parece difícilmente posible: antes al contrario, la introducción de una Declaración de Derechos de la Unión Europea, con su correspondiente mecanismo jurisdiccional de garantía, posiblemente supondría una conmoción de los mismos fundamentos del actual panorama jurídico europeo en este aspecto. No parece, en efecto, evitable una coincidencia de jurisdicciones competentes en las mismas materias y sobre los mismos sujetos, con los problemas consiguientes y difícilmente resolubles.

Desde una perspectiva minimalista, una Declaración de Derechos de la Unión Europea podría concebirse como vinculante únicamente para las instituciones de la Unión. Pero, naturalmente, ello reduciría casi a la nada su eficacia, por cuanto la realización de los mandatos del ordenamiento europeo compete prioritariamente a las autoridades nacionales. Estas actúan, en estos supuestos como *agentes* de la Unión (en la práctica, de una de sus vertientes, de la Comunidad Europea) y, en consecuencia, una Declaración de Derechos de la Unión debería ser también vinculante, para ser efectiva, respecto de las autoridades nacionales en tanto actuasen en el marco del Derecho de la Unión.

Ya de por sí, esta situación supondría la coincidencia de las jurisdicciones del TEDH y del TJC en muchos aspectos: más concretamente, en aquellos en que existiera una comunidad

de contenido entre la Convención Europea y la eventual Declaración de Derechos de la Unión, y en que se produjeran violaciones de los derechos comúnmente reconocidos, imputables a autoridades nacionales, en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (o, más ampliamente, del Derecho de la Unión). Dando por supuesta la presencia de unos mecanismos procesales abiertos a los particulares en defensa de sus derechos en vía jurisdiccional, la duplicidad de jurisdicciones (del TEDH, y los TJCE) parece inevitable en muchos supuestos. A lo que habría que añadir (en un nivel estrictamente nacional) la jurisdicción de los Tribunales constitucionales con competencia en esta materia.

Podría aventurarse la posibilidad de una estricta división del trabajo, en el sentido de que la Declaración de la Unión, y la correspondiente jurisdicción del TJCE se limitaran al ámbito del ordenamiento comunitario, mientras que la jurisdicción en materia de derechos fundamentales, fuera de ese ámbito, correspondiera a los Tribunales Constitucionales, en su caso, y, en último término, al Tribunal de Estrasburgo. Pero esta división de trabajo, que ya es de difícil observancia en los supuestos actuales de inexistencia de una Declaración de Derechos de la Unión Europea, sería impracticable si esa Declaración, con la consiguiente promulgación de una tabla de Derechos fundamentales, fuera realidad. Por una parte (y ello es, incluso ahora, visible) porque la aparición de líneas jurisprudenciales distintas, sobre la interpretación de los mismos derechos sería inevitable: por otra -y fundamentalmente- porque la misma naturaleza de la vida jurídica, y la fuerza expansiva del Derecho Comunitario (*rectius*: del Derecho de la Unión) haría imposible la delimitación estrecha entre materias situadas dentro y fuera del ordenamiento comunitario. Una tabla de derechos de la Unión, con contenidos comunes a las declaraciones de derechos nacionales, garantizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades, vendría a convertir a éste, a la larga, en una última instancia frente a las jurisdicciones nacionales en materia de derechos fundamentales: si la comunidad de contenido se proyectase sobre la Convención Europea, el resultado sería, posiblemente, el “vaciamiento” del Tribunal de Estrasburgo frente al Tribunal de Luxemburgo.

Dada la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, cabe sospechar que la entrada en vigor de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con su correlativa garantía jurisdiccional, vendría a suponer una considerable alteración del mapa jurídico europeo en la materia, al convertir al TJCE en última instancia con carácter (al menos tendencialmente) general. Una variación de este modelo (que representaría una re-definición del papel de instituciones como los Tribunales Constitucionales nacionales y del mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos) sólo es concebible en el marco más general de una amplia reforma de índole constitucional; esto es, dentro de una redefinición de la misma naturaleza de la Unión como ente político.

Esto lleva fatalmente a la consideración de la pertinencia de un orden constitucional europeo. La interrelación entre las dimensiones orgánica y dogmática (por utilizar los términos clásicos) de la comunidad política impiden su tratamiento separado, como si se tratase de realidades desconectadas e independientes. Dentro del complejo entramado de poderes que caracteriza hoy la realidad europea, una solución estable a la cuestión de la garantía de los derechos

fundamentales en el ámbito europeo requeriría sin duda un planteamiento que fuera más allá de medidas parciales, reducidas a reformas “incrementales” de las instituciones de la Unión. Un planteamiento, en suma, e inevitablemente, de naturaleza constitucional.

EN BÚSQUEDA DE UN NUEVO SISTEMA DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO

Jorge Madrazo^(*)

Las funciones del Estado Mexicano de procurar y administrar justicia, así como de garantizar la seguridad pública, representan en cuanto a su cabal cumplimiento y desarrollo problemas de tal envergadura que el titular del Poder Ejecutivo Federal, doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, no ha vacilado en caracterizarlos como el mayor obstáculo para nuestro progreso material y para una vida social armónica.

La gravedad de esta afirmación se desagrega en el Tercer Informe de Gobierno del señor Presidente de la República, en un conjunto de aseveraciones que constituyen la constatación de una dolorosa realidad cotidiana.

Así, el Informe refiere que la más grave preocupación de los ciudadanos es la inseguridad pública; que los gobernados se sienten impotentes ante la delincuencia y perciben a la autoridad ineficiente para combatirla; que igual temor siente la población ante el delincuente que ante el policía; que estas expresiones en su conjunto alientan la intención de hacerse justicia por propia mano.

La conclusión de este diagnóstico del Poder Ejecutivo no podía ser otra que la de reconocer abiertamente que la magnitud y complejidad del problema ha superado, hasta ahora, la suma de nuestros esfuerzos; de donde resulta indispensable e inaplazable apresurar el paso asumiendo, todos, el compromiso de impulsar reformas verdaderamente profundas en las procuradurías de justicia y más allá de este ámbito, y en general, al sistema de justicia.

(*) Procurador General de la República de México.

La convocatoria, a todos, para emprender este esfuerzo sin precedente, supone la concurrencia de los tres Poderes de la Unión, el concurso de los correspondientes de las entidades federativas y de las autoridades municipales, así como la participación activa de la sociedad civil.

A nuestro modo de ver, una reforma como la que propone el Ejecutivo Federal debe atender, paralelamente, por lo menos 3 áreas a la vez distintas e imprescindibles.

La primera está relacionada con la renovación de los recursos humanos sustantivos para una recta, pronta y eficaz procuración de justicia. Hechos repetidos en la vida cotidiana demuestran que nuestro personal policial, ministerial e incluso pericial no está debidamente capacitado pero, en cambio, si ha sido vulnerable a la corrupción y especialmente a aquella que genera el narcotráfico y el crimen organizado.

Dar una lucha abierta contra la delincuencia con verdaderas garantías de éxito, supone que nuestras filas no se vean infiltradas, que las espaldas estén libres de la posibilidad de la traición y que la limpieza de nuestra trinchera abra efectivamente los cauces de la eficacia.

La honestidad es resorte imprescindible, pero no exclusivo, en la renovación de los recursos humanos; junto a ella, la capacitación y la profesionalización deben desplegarse en toda su amplitud.

Desde diciembre de 1996 hasta marzo de 1997 se han impartido al personal sustantivo de la Procuraduría 19 cursos de actualización y capacitación, además de uno global para todos los agentes del Ministerio Público con lo que se preparó la instalación de las tres nuevas subprocuradurías de procedimientos penales previstas en la Ley Orgánica de la PGR. que substituyeron a dos de las anteriores.

Para la consecución de estos objetivos en la capacitación de las nuevas generaciones de Policías Judiciales Federales, se está trabajando en coordinación con la Policía Española, la Policía Francesa, distintas agencias norteamericanas, la Policía de Israel, y este año se comenzará a trabajar con Scotland Yard.

Adicionalmente en un esfuerzo coordinado por varias Procuradurías Generales de Justicia del país, ha comenzado la operación de un grupo especial antisequestros denominado Grupo Yaqui, el cual está formado por elementos de distintas corporaciones policiacas de los estados de la federación y ha recibido una capacitación por parte de la Policía Nacional Francesa (RAID).

En el ámbito de la honestidad del personal, a partir de mayo de 1997 nos hemos dado a la tarea de constituir un Centro de Control de Confianza capaz de desplegar un conjunto de cinco exámenes que con objetividad puedan discernir sobre el grado de confiabilidad de un servidor público. La creación de este Centro fue el punto de partida para suprimir el Instituto Nacional para el Combate a las Drogas cuya penetración y deterioro eran evidentes y el surgimiento,

en su lugar, de la Fiscalía Especializada para la Atención de los Delitos contra la Salud.

La modificación de esta estructura por su nacimiento, estrategia y métodos de control no significa, como se ha dicho, un puro cambio de membrete.

La renovación de los recursos humanos de la institución que hasta ahora han intentado diversas administraciones de la PGR no han estado exentas de obstáculos serios que se han producido, en parte, por la imprecisión normativa y jurisprudencial sobre la naturaleza de la relación existente con los agentes de policía.

Entre diciembre de 1996 y marzo de 1997, 1.012 servidores públicos de la Procuraduría han sido sancionados y, respecto de 192, se ha ejercitado acción penal por su presunta responsabilidad en la comisión de diversos ilícitos. Sólo procediendo de esta forma se pueden cerrar los espacios a la corrupción y a la impunidad.

No obstante todos estos esfuerzos, resulta necesario poner en marcha nuevos mecanismos que de una vez y para todas pongan fin a las bochornosas noticias cotidianas que anuncian corrupción, complicidad con la delincuencia, abuso de autoridad y transgresión a los derechos fundamentales de los gobernados.

La segunda vertiente de una reforma profunda al sistema de justicia penal, tiene que ver con la reorganización de las estructuras internas de los órganos de procuración de justicia. En el caso específico de la PGR, alrededor del 65% de su esfuerzo institucional se orienta hacia el combate al narcotráfico y al crimen organizado, dejando casi otras mil conductas ilícitas previstas en el Código Penal y en leyes especiales para ser atendidas por un esfuerzo residual del 35%.

Este último porcentaje debe compartirse con el desarrollo de otras funciones primarias y relevantes como son el desahogo de pedimentos de amparo; la participación en las controversias constitucionales; el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad; la representación de la Federación en los juicios en que ésta es parte, así como la cooperación internacional en procuración de justicia.

No obstante la aplicación de los importantes recursos humanos, materiales y financieros que la PGR destina al combate al narcotráfico, y que esta función se hace en concurrencia con otras dependencias del Ejecutivo Federal, los resultados alcanzados por la Procuraduría, si bien van en ascenso, todavía deben ser mucho mejores.

En esta materia, los objetivos en el corto plazo son muy claros: mejorar sensiblemente la intercepción de cargamentos de drogas; aumentar la erradicación de plantíos de enervantes; superar la eficacia jurídica de la pretensión punitiva en delitos contra la salud; desmembrar las bandas de narcotraficantes, y profundizar los programas en materia de prevención del delito contra la salud.

Durante los últimos meses la estrategia seguida por la PGR en el combate al narcotráfi-

co ha consistido en buscar la concentración del personal encargado de las labores de inteligencia y operativos generales, en vez de fomentar su ampliación y dispersión. Al personal concentrado se le han incrementado sus seguros de vida y de gastos médicos, y se está buscando incrementar sus sueldos y demás prestaciones. Al propio tiempo, este personal será sujeto de exámenes periódicos y aleatorios de control de confianza.

La cooperación internacional es una tarea esencial para combatir con éxito un fenómeno transnacional como es el narcotráfico. Esta cooperación con diversos países se ha desarrollado con base en los principios de respeto a la soberanía nacional, a la jurisdiccional territorial y a la reciprocidad. Insistentemente hemos dicho a las autoridades norteamericanas que en la relación bilateral no son válidas las evaluaciones, las censuras y los reproches unilaterales que sólo tienden a debilitar la cooperación y, en consecuencia, favorecen la existencia de los fenómenos que precisamente se trata de impedir.

Una tercera vertiente de una profunda reforma al sistema de justicia pasa necesariamente por la revisión del sistema actual de enjuiciamiento penal, vale decir, de la articulación de la función del Ministerio Público como instancia de acusación y la función de jueces y tribunales como instancias de resolución. Huelga mencionar que en las circunstancias actuales el sistema ha propiciado impunidad, incremento de la criminalidad, inseguridad pública y desconfianza social.

El círculo perverso mediante el cual el Ministerio Público acusa al juez de dictar sentencias absolutorias o de no encausamiento penal debido a oscuros intereses, y la respuesta de los jueces de que tales determinaciones se deben a la inconsistencia, fragilidad y deficiencia de las investigaciones ministeriales, se vuelve cada día más denso en detrimento de la justicia, los justiciables y la sociedad entera.

La reforma de 1993 al artículo 19 constitucional, mediante la cual se exige al Ministerio Público “que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido”, así como su subsecuente interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia, ha provocado que en la práctica los jueces requieran al Ministerio Público la comprobación fehaciente de la comisión del delito y de la probable responsabilidad del acusado. Esta situación está generando una desnaturalización de la averiguación previa y del mismo proceso jurisdiccional.

Aunado a lo anterior, lo dispuesto en el cuarto párrafo de la fracción X del artículo 20 constitucional, en lo tocante a las garantías del indiciado durante el trámite de la averiguación previa, ha venido a transformar *de facto* este procedimiento administrativo en un verdadero juicio, trastocando así el proceso judicial. De aquí que en los hechos el Ministerio Público asuma el papel de juez y parte, y que el proceso jurisdiccional sólo sirva para ratificar, rectificar o revocar lo actuado por la autoridad ministerial. Esto nada tiene que ver con un derecho penal moderno y democrático.

La revisión del sistema de enjuiciamiento penal supone abandonar dogmas y mitos que

en nada coinciden con la realidad de una delincuencia cada día más organizada y beligerante; supone analizar plazas y términos que están apartados de los imperativos de la cotidianeidad; supone actualizar los equilibrios de un sistema que debe seguir garantizando los derechos del presunto responsable, pero armonizados con los de las víctimas y los de la sociedad que, con toda razón, está harta de impunidad.

Recientemente el Presidente de la República, doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, envió al Poder Legislativo para su consideración, una iniciativa de reformas a los Artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de resolver parte de los problemas que impiden contar con un nuevo y más eficiente sistema de procuración de justicia.

Con la enmienda de los dos primeros artículos constitucionales citados, es decir, del 16 y del 19, se busca contar con un sistema de enjuiciamiento penal que verdaderamente genere un equilibrio entre los derechos que corresponden a los presuntos responsables, a las víctimas u ofendidos y a la sociedad en general.

Al mismo tiempo, la iniciativa de reformas pretende definir, lo que dentro de los procedimientos penales toca a los jueces y lo que corresponde al Ministerio Público, ubicando a este último como una instancia de acusación y no como una especie de juez de instrucción, como funciona actualmente.

Un nuevo sistema de enjuiciamiento penal como el que se pretende, armonizará las garantías del debido proceso legal con la reparación del daño a las víctimas, y con la legítima pretensión de la sociedad de castigar a los delincuentes que la han agraviado y ofendido. También contribuirá a desterrar del seno social el sentimiento de incertidumbre, de temor, y aún de venganza.

La propuesta de modificación al artículo 20 constitucional, busca desalentar abierta y decididamente que los presuntos responsables pretendan evadir la acción de la justicia aprovechando las facilidades que la Ley actual les otorga.

De esta forma en casos de delitos considerados como no graves, el juez podrá negar la libertad provisional a petición del Ministerio Público, cuando el inculpado hubiese incumplido el mandato de arraigo o la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica.

Mediante propuestas de reformas a la legislación secundaria se busca, asimismo, tipificar como delito grave el quebrantamiento del arraigo judicial, ya que se trata de un mandato de juez, y en este caso, así como el de la fuga de la prisión y la sustracción de la libertad caucional, el proceso penal en vez de suspenderse deberá continuar, teniendo el procesado la obligación de comparecer personalmente a distintas etapas procedimentales.

La pretensión de reformar el artículo 22 constitucional, lleva implícito que los juzgado-

res puedan aplicar en favor del Estado los bienes que habiendo sido propiedad de los miembros de bandas de delincuentes organizados o narcotraficantes, hubieran sido simuladamente transmitidos a sus familiares o a terceros.

Mediante un debido proceso legal con garantías de defensa, se buscará que la extinción de la acción penal no impida que el Estado se apropie de aquellos bienes obtenidos ilícitamente, que sólo sirven a sus dueños para continuar delinquiriendo y corrompiendo.

La reforma al artículo 123 de nuestra Ley fundamental obedece a que desafortunadamente en la realidad actual es prácticamente imposible cesar a un elemento de la Policía Judicial Federal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su criterio jurisprudencial 14/98 ha declarado inconstitucionales los artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y, en consecuencia, ha determinado que no se puede practicar a los agentes policíacos más exámenes que aquéllos que estaban establecidos cuando ingresaron a la corporación.

En virtud de que el criterio mencionado complica la depuración de las corporaciones policíacas, la reforma en comento pretende que, en atención a lo delicado de su tarea, la pérdida de la confianza en los policías no pueda darles derecho a la reinstalación, supuesto en el cual debe proceder, en su caso, una justa indemnización.

También se buscan modificaciones a leyes secundarias como el Código Penal, donde se propone como delito grave la tentativa punible del delito grave y el aumento de la punibilidad a quien se valga de menores o de incapaces para la comisión de ilícitos.

Se buscan incrementar también las penas para integrantes de bandas o asociaciones delictivas. No se podrá suspender la ejecución de la pena de prisión a los responsables de delito grave, y también en esta clase de delitos se duplicarán los plazos de prescripción.

Se establece un tipo penal específico para sancionar la falsificación de tarjetas de crédito o de débito, de instrumentos utilizados para el pago de bienes y servicios, así como el manejo indebido de información confidencial vinculada a los mismos.

Respecto del Código Federal de Procedimientos Penales específicamente se ha propuesto la federalización del delito de robo en carreteras, en la medida en que éstas sean federales, y al ilícito se le considere como delito grave.

En materia de Ley de Amparo se propone suprimir el impedimento de sobreseer el juicio de garantías cuando exista auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Se establecería que el juez de amparo se ocupe de la suspensión de los actos reclamados, pero no de la libertad caucional que sólo debe corresponder al juez natural.

La Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos también se vería modificada, en caso

de aprobarse estas iniciativas, a fin de incrementar las penas a la posesión, portación sin licencia, transmisión ilícita y la importación sin permiso, y se provee, a fin de precisar algunos tipos penales en el caso de acopio de armas.

Sin lugar a dudas, en la actualidad temas como los de seguridad pública y procuración y administración de justicia, ocupan un lugar primigenio dentro de la agenda del Estado Moderno.

Los temas de referencia no pueden sustraerse de la tendencia internacional de la globalización, por lo tanto, la mayoría de las naciones permanentemente buscan mejores mecanismos y realizan diversas acciones para combatir la criminalidad, la impunidad y los espacios de inseguridad consecuentes. Y como hemos visto México no es la excepción.

A DUTY TO INVESTIGATE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Paul Mahoney^(*)

FOREWORD

The legal notion of a positive duty on States to investigate possible human rights violations is a relatively recent development in the case-law of the European Court of Human Rights (“the European Court”). It is however one that the latter’s younger counterpart, the Inter-American Court of Human Rights (“the Inter-American Court”), had already read into the American Convention on Human Rights (“ACHR”) in 1988 in the *Velásquez Rodríguez case*,¹ in which Héctor Fix-Zamudio sat as the junior ordinary Judge. Whilst the interpretational route taken by each Court in relation to the text of the respective Conventions is not the same, the product of the judicial law-making by the two Courts, namely the content of the duty to investigate, has much in common. Not only does the subject-matter of the present paper thus have a connection with the judicial activity of Judge Héctor Fix-Zamudio, but, more importantly, it provides an illustration of the universality of human rights protection in its essentials despite the undoubted cultural, political and other differences between the European and American continents.

I. INTRODUCTION

A series of recent judgments of the European Court in cases against Turkey have thrown into relief what can be seen as a positive duty on Contracting States to the European Convention on Human Rights (“ECHR”) to carry out a proper investigation of situations raising serious

^(*) Deputy Registrar of the European Court of Human Rights. Any views expressed are personal.

¹ 29.7.1988, Series C no. 4. Also reported in 9 *Human Rights Law Journal* 212 (1988).

human rights issues, although no such duty is expressly stated in any of the ECHR's provisions. Whilst some judgments declare a duty to investigate to be an implicit component of one or more of the protected rights and freedoms, in other judgments it is rather to be inferred as a proviso attaching to the rule of exhaustion of domestic remedies in the context of the admissibility conditions. That the procedural rule of exhaustion of domestic remedies as well as the substantive Articles of the ECHR should be capable of providing the platform for such a jurisprudential development, placing a positive duty of human rights protection on public authorities, is in itself noteworthy. The conclusion of the present article is that, on the basis of the case-law as it stands, a duty to investigate may be said to exist in "special circumstances" in relation to the ECHR rights generally as well as being part and parcel of certain of them.

II. THE "EXHAUSTION" RULE AND THE ECHR

In three recent Turkish cases the applicants' grievances were examined on the international level by the European Court -and prior to that by the European Commission of Human Rights ("the European Commission")²- despite the fact that the applicants had made no attempt seek redress before a competent national authority, notably the national courts. The European Court's reasoning in holding that the rule of exhaustion of domestic remedies (as embodied in Article 26 ECHR)³ had been complied with was not so much that the available remedies themselves were ineffective or inadequate in the sense of being incapable in law or in practice of providing appropriate redress. Rather it was that at the relevant time there existed "special circumstances" dispensing the applicants from their normal obligation to have recourse to domestic legal channels of redress.

The cases of *Akdivar and Others*(1996),⁴ *Aksoy*(1996)⁵ and *Mentes and Others*(1997)⁶ all concerned events in the South-East of Turkey, where, since approximately 1985, serious disturbances have raged between the security forces and the PKK (Workers' Party of Kurdistan), claiming thousands of lives among the population and the security forces. The applicants in *Akdivar and Mentes* were villagers of Kurdish origin who alleged the burning of their houses by the security forces in 1992 and 1993, at a time when their villages were the subject of intense terrorist activity by the PKK. In the Strasbourg proceedings they relied essentially on Article 8 ECHR (the right to respect for one's home) and Article 1 of Protocol No. 1 to the ECHR (the

² For a description of the enforcement procedure under the ECHR as it now is, see D.J. Harris, M. O'Boyle and C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, chapters 22-25 (Butteworths, 1995).

³ Art. 26 ECHR reads "The Commission may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of sixth months from the date on which the final decision was taken."

⁴ *Akdivar and Others v. Turkey*, (Grand Chamber), 16.9.1996, Reports of Judgments and Decisions ("Reports") 1996-IV 1192.

⁵ *Aksoy v. Turkey* (Chamber), 18.12.1996, Reports 1996-IV 2260.

⁶ *Mentes and Others v. Turkey* (Grand Chamber), 28.11.1997, Reports 1997.

right of property). The complainant in *Aksoy* asserted that he had been tortured (in violation of the prohibition in Article 3 ECHR) when being interrogated in custody on suspicion of aiding and abetting the PKK. In none of these cases did the applicant attempt to institute domestic proceedings of any kind. At first sight, therefore, the Turkish State had not been afforded the opportunity to put matters right through its own legal system. The respondent Government not surprisingly pleaded failure to exhaust domestic remedies. They referred in particular to the existence of domestic remedies, available under administrative law and under the ordinary civil law, which would have allowed recovery of compensation.

The Strasbourg Court first recalled the basic principles of the rule of exhaustion of domestic remedies as established in its case-law:

Under Article 26, normal recourse should be had by an applicant to remedies which are available and sufficient to afford redress in respect of the breaches alleged. The existence of the remedies in question must be sufficiently certain not only in theory but in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness. However, there is no obligation to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective.⁷

In *Akdivar and Mentés* the European Commission, in its decision declaring the application admissible, had found that the applicants had not had at their disposal adequate remedies to deal effectively with their complaints.⁸ It pointed to the absence of any examples of court judgments from which it appeared that compensation had been granted or responsible officers had been punished, or at least prosecuted, for destruction of houses in villages. The European Court for its part, rather than declaring the available remedies to be inadequate or ineffective, preferred to analyse the facts from another angle:

In addition [to there being no obligation to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective], according to the 'generally recognised rules of international law' there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust the domestic remedies at his disposal ... One such reason may be constituted by the national authorities remaining totally passive in the face of serious allegations of misconduct or infliction of harm by State agents, for example where they have failed to undertake investigations or offer assistance. In such circumstances ... it becomes incumbent on the respondent Government to show what they have done in response to the scale and seriousness of the matters complained of.⁹

The European Court spelled out how the burden of proof shifts from applicant to respondent Government in this context: first on the Government to prove the availability of notional-

⁷ *Aksoy*, *loc. cit.* § 52; see also *Akdivar*, *loc. cit.*, §§ 66-67.

⁸ *Akdivar* admissibility decision, 19.10.1994 (not published); *Mentes* admissibility decision, 19.1.1995 (not published).

⁹ *Akdivar*, *loc. cit.*, §§ 67-68; see also *Mentes*, *loc. cit.*, § 57.

ly effective and adequate remedies; then on the applicant to prove the existence of special circumstances capable of dispensing him/her from recourse to such remedies; and finally on the Government to explain in rebuttal the response of the public authorities in the face of the special circumstances. The Court further stressed that, in reviewing whether the exhaustion rule had been observed,

it must take realistic account not only of the existence of formal remedies in the legal system of the Contracting Party concerned but also of the general legal and political context in which they operate as well as the personal circumstances of the applicant.¹⁰

As to the general context in *Akdivar*, and *Mentes*, the European Court first noted that the situation existing in the South-East of Turkey at the relevant time -one of violent confrontation between governmental and terrorist forces- was liable to place obstacles to the proper functioning of the administration of justice, making the pursuit of normal remedies futile.¹¹ It also cited evidence of the general reluctance of the authorities to admit that illicit behaviour by the security forces of the kind alleged had occurred.¹²

Coming to the particular circumstances, it noted the dual lack of any meaningful investigation by the public authorities once they became aware of the applicants' allegations and of any official expression of concern or assistance. The insecurity and vulnerability of the applicants' position following the destruction of their homes was also borne in mind.¹³ "In the absence of any convincing explanations from the Government in rebuttal," the European Court concluded, "the applicants have demonstrated the existence of special circumstances which dispensed them at the time of the events complained of from the obligation to exhaust domestic remedies."¹⁴ The implication is that, having regard to the fact that the events occurred in a region subject to martial law and characterised by severe civil strife and where villagers were often suspected of being in collusion with the PKK, the passivity of the public authorities in the face of applicants' known plight justified the latter's lack of confidence in the available judicial remedies.

In *Aksoy*, the case of alleged torture, the European Court did not query the provision under Turkish law of criminal, civil and administrative remedies against the ill-treatment of detainees by the agents of the State. That was not, however, judged to be the critical issue in the case:

[The Court] is not here solely concerned with the question whether the domestic remedies were in general effective or adequate; it must also examine whether, in all the circum-

10 *Akdivar*, *loc. cit.*, § 69; *Mentes*, *loc. cit.*, § 58; see also *Aksoy*, *loc. cit.*, § 53.

11 *Akdivar*, *loc. cit.*, § 70; *Mentes*, *loc. cit.*, § 58.

12 *Akdivar*, *loc. cit.*, § 71; *Mentes*, *loc. cit.*, § 59.

13 *Akdivar*, *loc. cit.*, §§ 71 *in fine*; 73 *Mentes*, *loc. cit.*, § 59.

14 *Akdivar*, *loc. cit.*, § 75; *Mentes*, *loc. cit.*, § 60.

stances of the case, the applicant did everything that could reasonably be expected of him to exhaust the national channels of redress.¹⁵

On the facts as found by the European Commission and accepted by the European Court, the applicant was visibly suffering from radial paralysis affecting both arms when he was brought before a public prosecutor immediately before his release after spending 14 days in police custody without access to legal or medical assistance. Yet the public prosecutor chose to make no inquiry as to the nature, extent and cause of these visible injuries, despite the duty placed on him under Turkish law to investigate. In these circumstances a lack of confidence on the applicant's part in the national legal channels was understandable. As in *Akdivar and Mentés* the Court therefore concluded that "special circumstances" existed.¹⁶

A noteworthy proviso was added in *Akdivar and Mentés*:

The Court would emphasise that its ruling is confined to the particular circumstances of the present case. It is not to be interpreted as a general statement that remedies are ineffective in this area of Turkey or that applicants are absolved from the obligation under Article 26 to have normal recourse to the system of remedies which are available and functioning. It can only be in exceptional circumstances such as those which have been shown to exist in the present case that it could accept that applicants address themselves to the Strasbourg institutions for a remedy in respect of their grievances without having made any attempt to seek redress before the local courts.¹⁷

The reasoning of these judgments is that the shortcomings lay essentially in the failure of the responsible national authorities to properly investigate credible allegations or visible indices of misconduct by the security forces and the police. In "democratic society" -one of the fundamental notions permeating the whole of the ECHR¹⁸- the public authorities have a duty of trust to the civil population, in particular to provide protection against violence committed by agents of the State. If circumstances are such that it is reasonable for the civil population, or a part of it, no longer to have confidence in the State's performance of that duty of trust and protection, an unwillingness to have recourse to available legal channels of redress is justifiable. These three judgments do not carry the implication that Turkish law does not afford adequate and effective remedies, or that the Turkish courts lack the necessary independence and impartiality. Once the Turkish State can show that the responsible authorities are acting appropriately "in response to the scale and seriousness of the matters complained of,"¹⁹ there will be no

15 *Aksoy, loc. cit.*, § 54.

16 *Aksoy, loc. cit.*, §§ 55-57.

17 *Akdivar, loc. cit.*, § 77; *Mentes, loc. cit.*, § 61. See also *Aksoy, loc. cit.*, § 96, in the context of Art. 13 ECHR.

18 *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* (the so-called *Danish sex education case*) (Chamber), 7.11.1976, Series A vol. 23, § 53: the ECHR is "an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society".

19 *Akdivar, loc. cit.*, § 68 *in fine*; *Mentes, loc. cit.*, § 58 *in fine*.

“special circumstances” dispensing the applicants from their normal ECHR obligation to exhaust domestic remedies.

Nevertheless, the outcome of these three judgments for the functioning of the ECHR enforcement system is in some respects disquieting. The underlying philosophy of the ECHR is that “the machinery of protection established by [it] is subsidiary to the national systems safeguarding human rights.”²⁰ As long as the “special circumstances” of the State’s passivity in South-East Turkey continue, this philosophy has been turned on its head. Whenever the facts are contested, the European Commission will have to send a delegation to hear witnesses or carry out an investigation on the spot in order to perform the task it has under the ECHR “to establish the facts.”²¹ The European Commission is in effect being called on to act as a court of first instance in relation to human rights complaints for this region in Turkey, whereas as an international review body it is simply not equipped to carry out such a function. If the effectiveness and credibility of the international system are not to run the risk of being undermined, such a situation cannot be allowed to continue for a lengthy period of time. The execution of these judgments by Turkey, and the manner in which the other Governments in the ECHR community perform their function of “supervising” the execution of the judgments,²² are therefore crucial. General measures, restoring the confidence and trust of the civil population in the responsible authorities, are needed, not ad hoc, retrospective redress limited to the particular cases.

By reasoning in terms of “special circumstances” rather than ineffective or inadequate remedies the European Court is implicitly inviting the Government to take the minimal steps that will allow the correct relationship to be re-established between the national courts, who have the primary responsibility for securing the rights and freedoms secured by the ECHR, and the Strasbourg enforcement bodies, whose power of review should only be “subsidiary”. The parallel implication -that there is inherent in the ECHR a positive duty incumbent on the responsible national authorities to investigate situations raising issues of serious human rights violations- has been confirmed in cases against Turkey in the context of the analysis of the requirements of certain of the rights secured by the ECHR.

III. THE RIGHTS SECURED UNDER THE ECHR

Article 13 ECHR requires the availability of an “effective remedy before a national authority” to complain about alleged violations of the protected rights and freedoms, “notwithstanding that the [alleged] violation has been committed by persons acting in an official capacity.” It this represents the other side of the coin to the obligation placed on applicants by Article

20 *Akdivar, loc. cit.*, § 65; *Aksoy, loc. cit.*, § 51.

21 Art. 28 § 1 (a) ECHR.

22 Art. 54 ECHR: “The judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers [of the Council of Europe] which shall supervise its execution.”

26 ECHR to exhaust domestic remedies. The applicants in *Akdivar*, *Mentes*, and *Aksoy* argued that Article 13 ECHR had not been complied with in their cases. In *Akdivar*, the European Court, unlike the European Commission in its report,²³ did not find it necessary to examine this complaint since it reflected the same or similar elements to those already dealt with in relation to the objection concerning the exhaustion of domestic remedies.²⁴ In the other two cases however the Court did directly address the issue.

In *Aksoy* the European Court began by noting that what is demanded of the Contracting States by Article 13 ECHR will be greater or smaller depending on the kind of ECHR wrong in issue:

... Article 13 guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of this Article is thus to require the provision of a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must be 'effective' in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State.²⁵

It then turned to the particularities of complaints of torture:

... [T]he Court, like the Commission, would take judicial notice of the fact that allegations of torture in police custody are extremely difficult for the victim to substantiate if he has been isolated from the outside world, without access to doctors, lawyers, family or friends who could provide support and assemble the necessary evidence. Furthermore, having been ill-treated in this way, an individual will often have had his capacity or will to pursue a complaint impaired.

The nature of the right safeguarded under Article 3 of the Convention has implications for Article 13. Given the fundamental importance of the prohibition of torture ... and the especially vulnerable position of torture victims, Article 13 imposes, without prejudice to any other remedy available under the domestic system, an obligation on States to carry out a thorough and effective investigation of incidents of torture.

Accordingly, as regards Article 13, where an individual has an arguable claim that he has

23 See §§ 232-42 of the Commission's report – *Akdivar*, *loc. cit.*, pp. 1251-53.

24 *Akdivar*, *loc. cit.*, §§ 93-97.

25 *Aksoy*, *loc. cit.*, § 95.

been tortured by agents of the State, the notion of an ‘effective remedy’ entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure. It is true that no express provision exists in the Convention such as can be found in Article 12 of the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which imposes a duty to proceed to a ‘prompt and impartial’ investigation whenever there is a reasonable ground to believe that an act of torture has been committed. However, in the Court’s view, such a requirement is implicit in the notion of an ‘effective remedy’ under Article 13.²⁶

Thus, in relation to “arguable claims” of torture at the hands of agents of the State, the effectiveness of the remedy required by Article 13 ECHR implies not only a negative duty not to hinder its exercise but also a positive duty to carry out “a thorough ... investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible.”

In the particular circumstances, there had been no investigation whatsoever, the public prosecutor having ignored the visible evidence before him of torture.²⁷

Similar reasoning was employed in *Mentes*. It was inferred from “the nature and gravity of the interference complained of under Article 8 [ECHR]” that Article 13 imposed, “without prejudice to any other remedy available under the domestic system, an obligation on the respondent State to carry out a thorough and effective investigation of allegations brought to its attention of deliberate destruction by its agents of the homes and possessions of individuals.”²⁸ An investigation of sorts was carried out following the Strasbourg Commission’s communication of the application to the respondent Government, but it was not judged by the Court to be “thorough and effective.”²⁹

The case of *Aydin v. Turkey* (1997),³⁰ which also had its background the serious disturbances between the security forces and the PKK in the South-East of Turkey, raised complaints of rape and ill-treatment of a seventeen year-old female detainee of Kurdish origin and of failure by the authorities to carry out an investigation into her complaint that she had been tortured in this way. The judgment reiterated the *Aksoy* analysis of Article 13 as entailing for the Contracting States a positive duty to investigate all credible claims of torture,³¹ a duty that has special implications when an allegation of rape is involved:

[T]he requirement of a thorough and effective investigation into an allegation of rape in

26 *Loc. cit.*, §§ 97-98.

27 *Loc. cit.*, § 100.

28 *Mentes, loc. cit.*, § 87.

29 *Loc. cit.*, §§ 90-92. See also the Commission’s similar conclusion: *loc. cit.*, § 85 of the Commission’s report.

30 *Aydin v. Turkey* (Grand Chamber), 25.9.1997, Reports 1997.

31 *Loc. cit.*, § 103.

custody at the hands of a State official also implies that the victim be examined, with all appropriate sensitivity, by medical professionals with particular competence in this area and whose independence is not circumscribed by instructions given by the prosecuting authority as to the scope of the examination.³²

On the facts the European Court found no justification for “the serious defects and inertia which characterised the crucial phase immediately following receipt of the complaint.” Such investigation into her treatment while in custody as was carried out was neither “thorough” nor “effective”. The question whether this failure to investigate properly also gave rise to a violation of the prohibition of torture (under Article 3 ECHR) was left open.³³

Whether a positive duty to investigate is a component of such a substantive right was however one of the central issues in the case of *Kaya v. Turkey* (1998),³⁴ where the applicant complained of the killing of his brother, a villager of Kurdish origin, in the South-East of Turkey during a clash between the security forces and the PKK. The European Court held, firstly, that there was “an insufficient factual and evidentiary basis on which to conclude that the applicant’s brother was ... intentionally killed by the security forces in the circumstances alleged.”³⁵ The applicant’s second contention was that the inadequacy of the investigation into the circumstances of his brother’s death also engaged the responsibility of the responsible national authorities under the ECHR’s right-to-life guarantee (Article 2). The Court upheld that contention. As regards the scope of the obligation imposed on the Contracting States by guarantee, it reiterated the interpretation of Article 2 ECHR enounced some three years earlier in the British “*Death-on-the Rock*” case(1995),³⁶ which concerned the killing in Gibraltar during an arrest operation by members of the British security forces of three IRA members suspected of involvement in a murderous bombing mission:

[T]he general legal prohibition of arbitrary killing by agents of the State contained in Article 2 of the Convention would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to ‘secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention’, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State.³⁷

The *Kaya* judgment explained that:

32 *Loc. cit.*, § 107.

33 *Loc. cit.*, § 88.

34 *Kaya v. Turkey* (Chamber), 19.2.1998, Reports 1998.

35 *Loc. cit.*, §§ 63-78.

36 *McCann and Others v. United Kingdom* (Grand Chamber), 27.9.1995, Series A vol. 324.

37 *McCann, loc. cit.*, § 161.

the right to life inherent in Article 2 of the Convention secures the accountability of agents of the State for their use of lethal force by subjecting their actions to some form of independent and public scrutiny capable of leading to a determination on whether the force used was or was not justified in a particular set of circumstances.³⁸

In the “*Death-on-the Rock*” case the European Court was satisfied that public inquest proceedings held in Gibraltar, which had lasted nineteen days and during which seventy-nine witnesses had been heard, had permitted “a thorough, impartial and careful examination of the circumstances surrounding the killings.”³⁹ In *Kaya*, when holding that on the facts the right-to-life guarantee had been violated because of the failure to carry out an effective investigation into the killing, the Court did not ignore the difficulties confronting Governments fighting an armed insurrection or engaged in a struggle against a campaign of terrorist violence:

The Court notes that loss of life is a tragic and frequent occurrence in view of the security situation in South-East Turkey ... However, neither the prevalence of violent armed clashes nor the high incidence of fatalities can displace the obligation under Article 2 to ensure that an effective, independent investigation is conducted into deaths arising out of clashes involving the security forces, more so in cases such as the present where the circumstances are in many respects unclear.⁴⁰

The European Court in *McCann* and *Kaya* read the right-to-life guarantee (Article 2) in conjunction with Article 1 ECHR, which sets out the Contracting States’ general duty to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention,” in order to deduce from the text of that guarantee a specific duty to investigate the use of lethal force by State agents. It did not derive that specific duty from Article 1 ECHR as such, nor did it hold in *Kaya* that the failure to investigate gave rise to a violation of Article 1 ECHR. The European Court’s approach to Article 1 ECHR and the general duty it embodies was first spelled out 1978 in the inter-State case of *Ireland v. United Kingdom*:

Article 1 is drafted by reference to the provisions contained in Section I and thus comes into operation only when taken in conjunction with them; a violation of Article 1 follows automatically from, but adds nothing to, a breach of those provisions; hitherto, when the Court has found such a breach, it has never held that Article 1 has been violated ...⁴¹

In *Aksoy* and then *Mentes* the European Court interpreted Article 13 ECHR as guaranteeing not only the availability of an effective domestic remedy in relation to all ECHR rights to be exercised on the initiative of complainants but also, in some circumstances or in relation

38 *Kaya, loc. cit.*, §§ 86-87.

39 *McCann, loc. cit.*, § 163. The European Court however found a violation on the ground that the standard of “absolute necessity” in Art. 2 ECHR had not been met because of what it termed “a lack of appropriate care in the control and organisation of the arrest operation”: *loc. cit.*, § 212.

40 *Kaya, loc. cit.*, § 91.

41 18.1.1978 (plenary Court), Series A vol. 52, § 238.

to some rights, the carrying out of a proper investigation by public authorities of their motion whenever serious allegations are brought to their attention. In *Aksoy* what prompted the placing of such a positive duty on the State was the “fundamental importance of the prohibition of torture;”⁴² in *Mentes*, it was “the nature and gravity of the interference complained of” under Article 8 ECHR, that is to say the deliberate destruction by State agents of the homes and possessions of individuals.⁴³ The inference is that for rights that are not of such fundamental importance or where the interference is less grave, the “effective remedy” required under Article 13 ECHR would not include a positive duty to carry out an investigation. Article 13 ECHR is a procedural right. The only substantive right as such of which a duty to investigate has so far been held by the European Court (in *McCann* and *Kaya*) to be an inherent component is the right to life under Article 2 ECHR,⁴⁴ the question having been left open in *Aydin* as regards the prohibition of torture under Article 3 ECHR. The catalogue of rights safeguarded by the ECHR, whether taken as a whole or in relation to specific procedural or substantive rights, has thus not yet been interpreted by the European Court as embodying a general duty to investigate.

IV. THE DUTY TO INVESTIGATE UNDER THE ACHR

The interpretational approach adopted by the Inter-American Court in the *Velásquez Rodríguez* case was the more direct one of deriving a general duty to investigate from Article 1(1) ACHR, which sets out the Contracting States’ fundamental obligation to respect and guarantee the rights recognised in the Convention.⁴⁵ The *Velásquez Rodríguez* case, against Honduras, likewise concerned allegations of extremely serious human rights violations, namely a practice of disappearances and violation of the right to life. The Inter-American Court however rooted its reasoning in Article 1 (1) ACHR rather than in the Articles securing particular rights, procedural or substantive:

The second obligation of the States Parties [under Article 1 (1) ACHR] is to ‘guarantee’ the free and full exercise of the rights recognised by the Convention to every person subject to its jurisdiction. ... As a consequence of this obligation, the States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognised by the Convention and, more-

42 *Aksoy, loc. cit.*, § 98.

43 *Mentes, loc. cit.*, § 89.

44 A number of cases in which the same issue is raised (e.g. *Güleç v. Turkey*, *Yasa v. Turkey*, *Ergi v. Turkey*, *Osman v. United Kingdom*) are currently pending before the European Court.

45 Article 1 (1) ACHR reads : “The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognised herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth or any other social condition.” The *Velásquez Rodríguez* principles as to a duty to investigate have been confirmed in subsequent case-law, e.g. *Godínez Cruz case, v. Honduras*, 20.1.1989, Series C no. 5, especially at § 98; *Fairen Garbi and Solís Corrales case, v. Honduras*, 15.3.1989, Series C no. 6, especially at § 159; *Caballero Delgado and Santana case, v. Colombia*, 8.12.1995, especially at § 58.

over, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation.

...

The State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, impose the appropriate punishment and ensure the victim adequate compensation.⁴⁶

Furthermore, the Inter-American Court did not limit its statement of this duty to investigation of misconduct by State agents or even to what might be termed serious allegations:

[I]n principle, any violation of rights recognised by the Convention carried out by an act of public authority or by persons who use their position of authority is imputable to the State. However, this does not define all the circumstances in which a State is obligated to prevent, investigate and punish human rights violations ... An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence ... to respond to [the violation] as required by the Convention.

...

The State is obligated to investigate every situation involving a violation of the rights protected by the Convention. If the State apparatus acts in such a way that the violation goes unpunished and the victim's full enjoyment of such rights is not restored as soon as possible, the State has failed to comply with its duty to guarantee the free and full exercise of those rights to the persons within its jurisdiction. The same is true when it allows private persons or groups to act freely and with impunity to the detriment of the rights recognised by the Convention.⁴⁷

Like the European Court in *Kaya*, the Inter-American Court acknowledged that conditions on the ground may make the carrying out of an investigation a far from easy matter, but it likewise emphasised that such conditions cannot be relied on as simply absolving the responsible authorities from their duty:

In certain circumstances, it may be difficult to investigate acts that violate an individual's rights. The duty to investigate, like the duty to prevent, is not breached merely because the investigation does not produce a satisfactory result. Nevertheless, it must be undertaken in a serious manner and not as a mere formality preordained to be ineffective. An investigation must have an objective and be assumed by the State as its own legal duty, not as a step taken by private interests which depends upon the initiative of the victim or his family or

⁴⁶ *Velásquez Rodríguez, loc. cit.*, §§ 166, 174.

⁴⁷ *Loc. cit.*, §§ 172, 176.

upon their offer of proof, without an effective search for the truth by the government. This is true regardless of what agent is eventually found responsible for the violation. Where the acts of private parties that violate the Convention are not seriously investigated, those parties are aided in a sense by the government, thereby making the State responsible on the international plane.⁴⁸

In the particular case the evidence showed “a complete inability of the procedures of the State of Honduras, which were theoretically adequate, to ensure the investigation of the disappearance of Manfredo Velásquez and the fulfillment of its duties to pay compensation and punish those responsible, as set out in Article 1 (1) of the Convention.”⁴⁹ The Inter-American Court accordingly found violations of Articles 7 (the right to personal liberty), 5 (the right to humane treatment) and 4 (the right to life) read in conjunction with Article 1 (1) ACHR.

V. CONCLUSION

In both the ECHR and the ACHR systems the duty on public authorities to investigate human rights violations is a product of interpretation by the judges.

For the European Court the jurisprudential development has been piecemeal, accomplished partly within the context of the rule of exhaustion of domestic remedies as a pre-condition for governments in order to benefit from the rule and partly through interpretation of the right to an effective domestic remedy and the right to life; and the factors prompting the existence of a duty to investigate are as yet circumscribed: to “special circumstances,” to “serious allegations,” to rights of “fundamental importance,” to “grave interferences” and to “misconduct or infliction of harm by State agents.” The formulation of the Inter-American Court is on the other hand much broader, perhaps even too broad if one accepts that some violations may be technical (for example, under the due-process clause) or not overly serious in their consequences: “the State is obligated to investigate every situation involving a violation of the rights protected by the Convention,” even if the initial source of the violation may be an act of a private party. The preferred interpretational approach of the European Court is to restrict its reasoning to what is necessary for the decision in the particular case and to avoid broad declarations of principle. This makes for a policy of small incremental changes to the jurisprudence, of proceeding step by step in judicial law-making. Hence the somewhat disparate picture of the duty to investigate that one finds in the case-law of the European Court, as compared with the more comprehensive and unified analysis of the Inter-American Court. This then is the difference that one finds evident on the surface of the respective case-laws.

Yet if one examines the philosophy underlying these apparently different approaches, it can be seen to be a shared one. The duty on public authorities to investigate human right viola-

48 *Loc. cit.*, § 177.

49 *Loc. cit.*, § 178

tions has been identified by both Courts as inherent in the treaty obligations undertaken by the Contracting States since it is essential for securing effective protection of human rights within the national legal order as required by the treaty. Talking in terms of the common-law tort of negligence, one would say that it is part of a wider duty assumed by States under human rights treaties not only to take care to observe the protected rights through the action of their agents, but also to see to it that care is taken within the domestic legal order as a whole: “the duty ... to organise the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights,” as it was put in the *Velásquez Rodríguez* judgment.⁵⁰ Such reasoning applies no less to the ECHR and to the nature of the undertaking assumed by the Contracting States. Furthermore, the content of the duty, once found to exist, is couched in broadly similar terms in the case-law of the two Courts. The tradition of judicial self-restraint of the European Court doubtless explains its cautions, piecemeal approach. However, since the underlying philosophy and principles are shared ones common to both systems, it would not be surprising if, with further case-law, the European Court were to consolidate the disparate strands of its jurisprudence and to move progressively towards a more comprehensive doctrine of a duty to investigate, along the lines already traced by the Inter-American Court.

To return to the opening comment of this paper: although the routes travelled may have been different, the end destination has been substantially the same – and this, one would hope is, true of the work of the two Courts in general.

50 *Loc. cit.*, § 166.

LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL DESARROLLO DE LA GENÉTICA HUMANA

Víctor M. Martínez Bullé Goyri^(*)

CONTENIDO: I. Desarrollo científico y tecnológico y ciencias biológicas; II. El desarrollo de la Genética y el Proyecto del Genoma Humano; III. El papel de la Bioética y el Derecho; IV. Los derechos humanos como paradigma ético y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

En este homenaje colectivo al Dr. Héctor Fix-Zamudio, a quien con orgullo acostumbro llamar Maestro, en alusión no a su grado académico sino a su incansable labor de formación de investigadores en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, voy a abordar en un breve ensayo uno de los temas vinculados con los derechos humanos que cuenta con más actualidad, y sobre el cual en los tiempos que están por venir habrán de pronunciarse tanto nuestros poderes legislativos como los organismos internacionales, como ya lo hizo la UNESCO en noviembre del año pasado; me refiero al desarrollo de la genética humana y su vínculo con los derechos humanos.

Hemos de anticipar que este pequeño esfuerzo no tiene como fin plantear soluciones, aunque ya se vislumbran algunas en el horizonte jurídico internacional y de algunos países desarrollados, por el contrario, en este ensayo pretendemos tan sólo plantear los problemas, los cuestionamientos, señalar algunos de los temas más importantes que en el breve plazo habrán de ser abordados y resueltos por la sociedad desde una perspectiva ética y jurídica, que habrán de significar nuevos campos de aplicación de los derechos humanos.

^(*) Investigador de tiempo completo y Secretario Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

I. DESARROLLO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO Y CIENCIAS BIOLÓGICAS

Hoy, como nunca antes, nuestro mundo pasa ante nuestros ojos a velocidades vertiginosas, la ciencia y la tecnología se desarrollan con una rapidez nunca antes imaginada, incluso para los propios científicos, dejando cada vez menos posibilidades a la ficción y a la imaginación, que rápidamente son alcanzadas e incluso rebasadas por la realidad.

Hoy el conocimiento se produce, se supera y desecha, cada día con mayor rapidez, haciendo en ocasiones incluso difícil su transmisión y difusión formal de manera actualizada; aunque, gracias al mismo desarrollo tecnológico, hoy contamos con eficientes fuentes y sistemas de información, que abren un nuevo universo de posibilidades para el acceso al conocimiento actualizado para la generalidad de la población (*v.gr.*, ediciones automatizadas y electrónicas, internet, etcétera).

Si bien este siglo ha sido calificado como el siglo de la física, donde los avances en el conocimiento de la materia han sido determinantes para impulsar desarrollos increíbles, así como convertirnos cada vez más a los hombres en los amos y señores del universo; hoy día asistimos al parto de una nueva revolución científica y tecnológica que, de acuerdo a los que piensan los expertos, habrá de marcar el rumbo del próximo siglo, para entrar en la era o el siglo de la biología, dado los avances que se han venido logrando en los años recientes en el campo de la biología molecular, y que están abriendo todo un nuevo universo de conocimientos y posibilidades, que ponen a nuestro alcance la vida misma, incluso la vida humana.

Esta nueva realidad viene produciendo en los individuos un inusitado asombro y estupor, verdadera perplejidad, frente al desarrollo de conocimientos y tecnologías, que siendo ya una realidad resultan muy difíciles de creer y superan a la ciencia ficción, y que la mayoría de las ocasiones son enfrentados por las personas sobre una base de incredulidad respecto de la veracidad de tales desarrollos; a lo que se suma un cierto morbo o curiosidad, con la que colaboran de manera importante la gran cantidad de publicaciones pseudocientíficas, de gran proliferación reciente, dedicadas a la difusión de los más novedosos y espectaculares desarrollos científicos y tecnológicos, que cada día adquieren mayor popularidad entre la población medianamente ilustrada.

Ahora bien, esta inicial perplejidad provoca a su vez diversas reacciones en la sociedad, la primera es de una gran esperanza, de una gran fe en la ciencia, y en que esa velocidad en la producción de conocimientos vendrá a solucionar la mayoría de los males y problemas del mundo hoy irresolubles. Así se espera que el conocimiento y la tecnología den fin a las más terribles enfermedades para las que no se conoce la cura, como el SIDA, el cáncer, las enfermedades hereditarias, etcétera. Igualmente, se espera que con las nuevas tecnologías se acabe el hambre en el mundo, logrando una producción de alimentos casi mágica; que se desarrollen nuevas fuentes de energía que sustituyan a las fuentes fósiles, que se agotan irremediablemente y envenenan el mundo con contaminación. En términos generales, esperamos que la ciencia y la tec-

nología nos den en el futuro cercano una vida más fácil y cómoda, una mejor calidad de vida, con satisfactores para la población en general.

Otra reacción social, frente a la velocidad de la producción de conocimientos y tecnologías, es de inseguridad, de temor y duda respecto tanto de las bondades de ese conocimiento, como de su control y manejo, y de que efectivamente se oriente su uso en beneficio de la humanidad y no en su perjuicio, como ya ha sucedido en tantas ocasiones en el pasado. Con facilidad aparece ante nosotros la pesadilla Orwelliana; el temor incontrolable a un mundo donde la humanidad, los sentimientos y afectos no tengan más cabida frente a la dominación de la técnica y la entronización de una ética fundada en el más cruel utilitarismo de conveniencia.

Es difícil olvidar las imágenes de los experimentos humanos en los campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial, o el exterminio masivo de personas por armas cada vez más sofisticadas y costosas, que durante décadas han mantenido al mundo en vilo, pendiente de los vaivenes en las relaciones entre las potencias ante la amenaza del holocausto; armas en cuyo desarrollo han participado, debidamente financiados, los grandes científicos de los países desarrollados; mientras en otras latitudes pueblos enteros mueren de hambre, hundidos en la más lacerante miseria, ante la indiferencia del mundo desarrollado. Ante imágenes como éstas, es difícil confiar en que los nuevos desarrollos científicos serán usados en beneficio de la humanidad entera, y no sólo de aquellos que los controlen y se enriquezcan con ellos.

La inseguridad y el temor se agudizan cuando el desarrollo científico y tecnológico se realiza en torno de la vida misma, vegetal y animal, pero más todavía cuando el objeto de estudio y aplicación del conocimiento es el propio ser humano. Frente a esta realidad surgen fantasmas de monstruos humanos y quimeras, modernos frankensteins, creados en laboratorio por científicos locos, ambiciosos, brillantes, irresponsables y carentes de todo principio ético que no pueda supeditarse al interés superior del desarrollo de la ciencia. Desgraciadamente este siglo nos ha dado muestras de individuos que han llevado la experimentación “científica” en seres humanos, a límites más allá de lo tolerable por la dignidad humana.

De la misma manera, es de gran importancia la transformación que, fundada en la especialización y el desarrollo científico y tecnológico, ha sufrido la práctica de la medicina, donde nos encontramos incongruencias tan grandes como que frente a la actual posibilidad de curar hoy enfermedades antes consideradas incurables, gracias al desarrollo de nuevos y poderosos fármacos y sofisticados equipos, igualmente encontramos que la diferencia entre la atención médica que pueden recibir un rico y un pobre, es cada vez más distante. Mientras en un hospital se salva la vida gracias a un trasplante de corazón, en la misma ciudad, pero en sus cinturones de miseria, un niño puede estar muriendo por anemia o diarrea.

Asimismo, tanto como el médico ha incrementado su eficiencia en el diagnóstico y capacidad de curar, en la misma medida se ha distanciado del enfermo, el que es visto en muchas ocasiones simplemente como un caso más, cuando no como un ingreso que se refleja sólo en la contabilidad.

II. EL DESARROLLO DE LA GENÉTICA Y EL PROYECTO DEL GENOMA HUMANO

Uno de los campos del conocimiento científico en que el desarrollo actual es francamente impresionante, es el de la genética humana, tomando en consideración que es una ciencia sumamente joven, pues hace apenas unas cuantas décadas que se descubrió la estructura del DNA, con lo que se abrió la puerta al desarrollo de la genética molecular, la cual con el estudio de los genes nos pone ya de frente con los conocimientos sobre la vida humana misma.

En esa línea de desarrollo científico, en 1989¹ como producto de la unión de los esfuerzos del Departamento de Energía y de los Institutos Nacionales de Salud, en los Estados Unidos surgió el Proyecto del Genoma Humano,² con la finalidad de construir el mapa completo del genoma humano, formado por el conjunto de alrededor de 70,000 genes que determinan las características y funcionamiento de nuestro organismo. Al proyecto se fueron uniendo paulatinamente otros países de alto desarrollo tecnológico, como Francia, Japón, Alemania, etcétera, siendo hoy un proyecto verdaderamente internacional, coordinado por UNESCO,³ y con una velocidad en su desarrollo mucho mayor a la originalmente programada, al grado de que se calcula que es muy probable que el proyecto quede concluido antes del año 2,000, y no en el 2,005, como se estimó originalmente.

Los conocimientos hasta hoy obtenidos como fruto del proyecto sorprenden tanto como la velocidad con que los mismos están ya siendo aplicados en diversos campos relacionados en especial con la salud; son hoy ya cientos las enfermedades que sabemos vinculadas con genes específicos, para algunas de las cuales ya es incluso posible intentar diversos tipos de terapias, incluyendo incluso la genética.⁴

Efectivamente, el campo de la salud en que hasta este momento es mayor la aplicación práctica de la genética es en el diagnóstico de enfermedades, el cual puede ya realizarse en cualquier momento de la vida, incluso en estado embrionario, o durante la gestación. Asimismo pueden diagnosticarse tanto enfermedades presentes, como otras que fatalmente se habrán de presentar cuando existe la presencia de determinados genes, así como la simple predisposición a padecer de determinada enfermedad en el futuro. Los beneficios que estos nuevos conocimientos y tecnologías pueden aportar a la mejor conservación de la salud de los seres humanos es inmenso.

La genética nos abre la posibilidad, por primera vez en la historia del hombre, de incidir sobre la misma vida humana, lo que nos plantea dilemas éticos hasta hoy inimaginables,⁵ pues

1 Vid., LENOIR, Noelle, "La legislación francesa, europea e internacional sobre bioética", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Bilbao, España, Universidad de Deusto, núm. 1, julio-diciembre de 1994, p.74.

2 Cfr., ROMEO CASABONA, Carlos María, *Del gen al derecho*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 30.

3 *Ibidem*.

4 Cfr., *idem*, capítulo tercero, pp. 171 y ss.

5 Cfr., CAFARRA, Carlo, "Introducción general", en *Manual de Bioética General*; 2ª. ed., Madrid, Rialp, 1994, p. 23.

podemos transformar no sólo lo que somos, sino lo que serán nuestras generaciones futuras. Hoy como nunca antes el futuro de la humanidad como la conocemos está precisamente en nuestras manos. Cómo seremos en el futuro dependerá cada vez en mayor medida de las decisiones que tomemos hoy.

Los propios científicos se han dado cuenta del potencial inmediato, tanto positivo como negativo, del conocimiento del genoma humano, y desde los orígenes del propio proyecto del genoma humano se destinó una parte muy importante de los recursos de investigación para el programa llamado ELSI, destinado a la investigación de las implicaciones sociales, éticas y jurídicas del conocimiento sobre el genoma. La misma línea siguió el proyecto europeo y en lo individual los países que están desarrollando investigaciones importantes en el campo de la genética humana.⁶ Podemos así afirmar que la casi totalidad de los investigadores en el área, han demostrado una profunda preocupación por los derechos humanos y las implicaciones éticas de su actividad, y responsablemente realizan grandes esfuerzos por encontrar la forma de garantizar el respeto a la dignidad humana en su actividad cotidiana.

III. EL PAPEL DE LA BIOÉTICA Y DEL DERECHO

Frente a esta situación, el humanismo ha respondido con el desarrollo de una ciencia que pretende establecer cauces y límites al trabajo científico sobre la vida, y que conocemos con el nombre de “BIOÉTICA”, es decir, la ética de la vida, o del respeto a la vida. O más que una nueva ciencia, podemos hablar tal vez con mayor propiedad de una nueva rama de la Ética, que al igual que aquella se vincula de manera importante con el Derecho, como una ciencia normativa de expresión social y con contenidos éticos. Sin embargo, la Bioética vincula también en ella a las ciencias de la vida y la salud, en un esfuerzo por encontrar la respuesta a los nuevos cuestionamientos, que día a día se presentan gracias al desarrollo de estas ciencias, intentando llevarlas por el cauce precisamente de los valores y del respeto a la dignidad humana.

Sin duda el esfuerzo que tiene que hacerse en este campo es grande, y como característica importante presenta la peculiaridad de que el trabajo que se realice implica necesariamente la interdisciplinariedad, la convergencia de expertos y científicos tanto de las áreas humanísticas y sociales, como biológicas y médicas, como se ha hecho ya en algunos países, donde se han creado comisiones o comités nacionales de bioética (*v.gr.*, Francia e Italia), como instancias generadoras de un espacio para la discusión amplia de estos temas, y permiten establecer pautas generales que posteriormente permiten el desarrollo de normatividad específica sobre la materia.⁷

Los cuestionamientos que la genética, y en general el desarrollo de las ciencias de la vida, están planteando a la sociedad contemporánea, requieren de un momento histórico de refle-

⁶ *Vid.*, ROMEO CASABONA, Carlos María, *op.cit.*, p. 32.

⁷ *Vid.*, LENOIR, Noelle, “L’Europe, le Droit et la Bioéthique”, en Héctor Gros Espiell. *Amicorum liber*, Bruselas, Bruylant, vol. I, pp. 641-666.

xión sobre lo que somos los seres humanos, sobre nuestros fines y nuestros valores necesarios para la convivencia social, una revisión a conceptos antes considerados casi como dogmas y que hoy en algunos aspectos pueden parecer superados.

Las soluciones que demos colectivamente a las nuevas problemáticas que estamos enfrentando, no pueden ser producto de la falta de reflexión⁸ o de posiciones dogmáticas y cerradas, la magnitud del impacto que éstas pueden tener hace necesaria la conformación de espacios plurales, interdisciplinarios, donde la reflexión pueda darse teniendo como guía el irrestricto respeto a la dignidad de la persona humana en todas sus expresiones, y teniendo siempre en cuenta el enorme impacto que las decisiones que se tomen tendrán en el futuro.

Sin embargo, la realidad y la ciencia con ella avanzan más rápido que nuestra capacidad de reflexión, en especial cuando ésta ha de ser colectiva y con una base democrática,⁹ y más aún cuando la concreción de la reflexión ha de ser en normas jurídicas; porque si bien es verdad que es fundamental la reflexión y el autocontrol, en especial de los investigadores, fundado en la ética, no es menos cierto que, llegado el momento, dada la trascendencia de los valores que están en juego, se hace necesaria la formulación de normas jurídicas que orienten y en su caso prohíban y sancionen determinadas acciones, justificables tal vez desde la perspectiva del desarrollo científico, pero que pongan en riesgo o incluso vulneren la dignidad humana o los derechos fundamentales de la persona,¹⁰ y por tanto no son aceptables en la vida social.

El derecho no puede permanecer impasible ante estos temas que pueden poner en riesgo la dignidad y los derechos del hombre, y si bien primero debemos llegar a acuerdos sociales en un marco democrático, sobre los cauces y límites para el desarrollo de la genética humana y sus aplicaciones cotidianas, debemos dar paso inmediato a la construcción de los principios que sirvan de orientación hacia el futuro, sin perder su vigencia y permanencia.¹¹

Tampoco podemos quedarnos sólo con la construcción de principio, por muy importantes que estos puedan ser, pues ya hay aplicaciones de la genética humana que demandan una detallada regulación jurídica, a riesgo de vulnerar derechos fundamentales al no existir ningún control, y dejando en estado de indefensión a las personas frente al poder que representa el manejo de esas tecnologías. Es el caso, por ejemplo, del uso de la huella genética en los procesos

8 Así tiene explicación la posición de la delegación canadiense en el Comité de Expertos en UNESCO, en las reuniones para realizar el proyecto de Declaración sobre el Genoma Humano, del 25 de julio de 1997, de las que se retiró por considerar que no se estaban dando los tiempos necesarios para la reflexión de temas cuya resolución tendrá enormes consecuencias.

9 *Vid.*, ROMEO CASABONA, Carlos María, "Presentación" a la *Revista de Derecho y Genoma Humano*, cit., núm. 1, p. 16.

10 *Cfr.*, PARDO, Juan Bautista, "La investigación genética al servicio del hombre: reflexiones de un jurista", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, cit., núm. 1, p.25.

11 Como fue el caso de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO, en cuya redacción expresamente se trató de evitar el que por consignar con detalle determinados temas esta fuera rápidamente superada por la realidad. *Vid.*, la Nota explicativa a la Declaración, Anexo I(B), del 18 de noviembre de 1997.

judiciales, tanto penales como civiles,¹² que es ya una realidad cotidiana en nuestros tribunales; o las posibilidades de discriminación que ya se están presentando tanto en materia laboral como en la contratación de seguros privados,¹³ campos éstos que requieren una urgente regulación que salvaguarda los derechos de los individuos.

Tal vez el mayor riesgo para la dignidad humana lo constituyen los diversos supuestos en que los seres humanos pueden ser despersonalizados, al considerarlos como objetos y no como personas, riesgo que se presenta fundamentalmente en la investigación, o como simples proveedores de materia prima para el desarrollo de experimentos, haciendo de lado la dignidad intrínseca de la persona.

Por otra parte, si bien la genética nos aporta elementos para afirmar la unidad e igualdad de los seres humanos, careciendo de sentido a partir de esto incluso el uso de conceptos como el de raza; sin embargo, es una realidad que la misma genética puede ser usada como base para procesos discriminatorios o incluso prácticas eugenésicas aparentemente justificadas; así afirmaciones como que la criminalidad tiene una base genética pueden convertirse en lugares comunes en un futuro próximo.¹⁴

IV. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PARADIGMA ÉTICO Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DEL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos fueron concebidos, después de un largo camino del hombre por encontrar el medio para plasmar en el derecho la dignidad de la persona y protegerla, con el surgimiento del Estado liberal; y se constituyeron así como la herramienta jurídica que por una parte sirve para exaltar la dignidad humana y empapar con ella todo el sistema jurídico, generando un espacio de libertad para el desarrollo pleno del ser humano en la convivencia social, y por otra son al mismo tiempo límites para el actuar de quienes ejercen el poder en el Estado.

Más adelante, con la crisis del Estado liberal y el surgimiento de la segunda generación de los derechos humanos, éstos fueron enriquecidos con una nueva visión del hombre, ya no como ente abstracto, como concepto, sino como ser individual, de carne y hueso, como un ser histórico, inmerso en la vida social, con hambre y sed, con frío y calor, necesidades básicas que necesita tener satisfechas. Estos nuevos derechos sociales pasaron a acompañar a los individuales de la primera generación en los textos constitucionales de todas las latitudes.

12 Al respecto pueden verse los siguientes trabajos: BENA SESMA, Ingrid, "El diagnóstico genético y el matrimonio", en *Diagnóstico genético y derechos humanos*, Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, México, UNAM, 1998, pp. 53-68; PÉREZ DUARTE, Alicia Elena, "Genética y filiación. Viejos y nuevos problemas de la reproducción humana", *idem*, p. 197-208; MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, "Identificación genética y derecho penal", *idem*, pp. 131-160.

13 *Cfr.*, BADILLO ALONSO, María Elisa, "Seguros y discriminación con bases genéticas", en *Diagnóstico genético y derechos humanos, cit.*, pp. 37-48.

14 Al respecto puede verse a AMBROSIO MORALES, Ma. Teresa, "Diagnóstico genético y criminología ¿La criminalidad se hereda?", en *Diagnóstico genético y derechos humanos, cit.*, pp. 21-34.

El paso siguiente en el desarrollo de los derechos humanos fue el que dejaran de ser un tema de manejo interno de los Estados, para dar paso a su proceso de internacionalización, impulsado como reacción a los horrores y aberraciones de las dos guerras mundiales y finalmente alcanzado con la adopción en 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, así como con la firma posterior de los Pactos Internacionales de la propia ONU, y consolidado de manera definitiva con el desarrollo de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

A partir de esta internacionalización, los derechos humanos han venido a asumir un papel fundamental en el devenir cotidiano de las relaciones internacionales, convirtiéndose en una exigencia moral para todos los Estados; de manera que aquellos países en los que sus gobiernos abierta y reiteradamente violan derechos, son excluidos e incluso sancionados por la comunidad internacional. En esta línea, los derechos humanos han venido a convertirse en paradigma ético para el ejercicio del poder político, en su principio de legitimación, tanto en su origen como en su ejercicio; de manera que hoy día se entiende que se ejerce el poder de manera legítima, cuando se respetan y garantizan los derechos humanos.

Desde esta misma perspectiva, los derechos humanos han venido a resolver, en la práctica, uno de los problemas más trascendentes para el derecho, el de la justicia, pues hoy día se entiende que una norma, o incluso todo el sistema jurídico, es justo sólo cuando respeta y desarrolla los derechos humanos. Así, los derechos humanos se tornan en paradigma ético del derecho, haciendo las funciones de su regla moral, con la ventaja práctica evidente sobre cualquier posición filosófica, de su objetividad, ya que en el caso de los derechos humanos contamos con catálogos de universal aceptación, incluso promovidos por la comunidad internacional, que ha venido considerando a textos como la Declaración Universal como parte del *ius cogens* del derecho internacional, con carácter obligatorio para todos los Estados.

Por otra parte, es claro como los derechos humanos, en tanto son expresión jurídica de la dignidad humana, están vinculados no sólo con todas las áreas del derecho, sino con todos los campos de la actividad humana y de la convivencia social, en los que la dignidad del hombre pueda ser vulnerada o requiera de protección y tutela; como evidentemente sucede en el caso de las ciencias de la vida, especialmente cuando su objeto de estudio y experimentación es precisamente la vida humana, como sucede con el desarrollo de la genética moderna, que impacta desde diversos campos al ser humano, poniendo en muchas ocasiones en riesgo su dignidad.

Es por lo anterior que consideramos que los derechos humanos resultan un medio idóneo para el acercamiento interdisciplinario desde el derecho a estos temas, ya que incluso facilitan la interdisciplina al referirse a valores generalmente aceptados, y es por esta vía que intentamos acercarnos a los temas en que el diagnóstico genético impacta aspectos jurídicos o requiere ser regulado por el derecho.

En esta línea la UNESCO reunió atendiendo al mandato de la Asamblea General a un Comité de Expertos internacional, que después de varios años de trabajo logró la aprobación, el

11 de noviembre de 1997, de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

La Declaración es un texto de gran importancia, pues establece definiciones ya con una perspectiva universal, así como algunos principios básicos que habrán de desarrollarse posteriormente en otros instrumentos internacionales y en la legislación interna. Es un gran paso, pero debemos tener conciencia de que es sólo eso, un paso que en el muy corto plazo debe ser seguido por otros, que como ya señalamos arriba nos permitan pronto tener una regulación específica de algunos de los temas que son de trascendental importancia.

Entre los grandes temas que aborda la Declaración, está en primerísimo lugar la determinación de que el genoma humano es patrimonio común de la humanidad, con lo que nadie puede beneficiarse unilateralmente del mismo, dejando por supuesto a salvo los derechos sobre propiedad intelectual que pudieran generarse. En este tema es sin duda necesaria urgentemente una regulación detallada, ya que como sabemos ha habido ya patentamiento de genes, lo que en principio no puede permitirse (artículo 4), sin embargo ya se ha dado y puede seguirse dando en algunos países.

Por otra parte están las obligaciones de solidaridad en lo que corresponde a compartir el conocimiento entre los países, en especial con los menos desarrollados, a fin de impulsar las investigaciones sobre la materia, así como llevar a aquellos que tengan necesidad los beneficios para su salud provenientes del desarrollo de la genética humana. De nuevo es un tema que en la práctica será sumamente difícil de lograr si no se da una regulación específica, basta recordar que son de hecho grandes compañías con importantes intereses económicos las que realizan la mayoría de la investigación, y difícilmente están dispuestas a compartirlas sino es mediante obtener provechos económicos. Igualmente recordemos como los Estados Unidos se negaron a firmar la Convención de Río sobre biodiversidad, porque precisamente limita acciones unilaterales en beneficio de la comunidad internacional en general.

En la línea de los derechos de las personas, por supuesto de entrada se consagra el derecho de cada uno a su propio genoma y a la integridad de éste; las medidas que habrán de adoptarse para salvaguardar en todo momento la dignidad de la persona ante cualquier intervención sobre su genoma, siendo especialmente relevantes la exigencia general de que la intervención tenga fines terapéuticos, y la exigencia del consentimiento previo libre e informado.

De gran relevancia es la tutela que se establece, y que también requiere de un desarrollo normativo urgente, sobre la privacidad y confidencialidad de la información genética; campo en el que algunos países, como Francia, llevan ya una buena delantera, hablándose de la autodeterminación informativa sobre la materia.

La Declaración deja muy claro que su fin no es impedir el desarrollo de la investigación, por lo que tutela la libertad de investigación y la salvaguarda de los derechos de los investigadores, pero estableciendo respecto de estas materias el cauce y límite necesario del respeto a la

dignidad y los derechos humanos. Que el desarrollo científico sea para bien de los seres humanos y no en su perjuicio, como ha sucedido ya en el pasado.

Concluiremos simplemente reiterando la necesidad de que este primer paso que es la Declaración Universal, que sigue la línea del resto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sea inmediatamente continuado para alcanzar pronto convenciones sobre la materia, o al menos sobre aspectos específicos de ella, así como su complementación en los derechos internos, en especial de los países con menor desarrollo, donde se está utilizando ya este conocimiento, en muchas ocasiones sin la adecuada tutela a los derechos fundamentales y a la dignidad de las personas.

EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Mario Melgar Adalid^(*)

*A Héctor Fix-Zamudio, jurista
mexicano de dimensión universal*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Evolución de los mecanismos judiciales. 3. Alcance del precepto constitucional mexicano. 4. Gratuidad de la justicia. 5. Los plazos para impartir justicia. 6. La defensoría pública.

1. INTRODUCCIÓN

Después de los estragos y la depresión colectiva que propiciaron las dos grandes guerras del presente siglo, así como los genocidios y los excesos del racismo, la violencia política, los conflictos internos y guerras civiles, el tema de los derechos humanos ha tomado dos vertientes principales, una negativa y otra, demasiado optimista:

- a) los derechos humanos son aspiración irrealizable de la comunidad internacional, que luego pisotean los malos gobiernos, las nuevas y todopoderosas corporaciones globalizadoras o los intereses perversos del mercado ilícito de las drogas, del tráfico de personas o del crimen organizado, y
- b) el movimiento a favor de la protección y salvaguardia de los derechos humanos es una nueva religión y dogma de la humanidad.¹

(*) Profesor de la Facultad de Derecho, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Consejero de la Judicatura Federal.

¹ Antonio Cassese, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Editorial Ariel, S.A. pp. 225-227.

Ni lo uno, ni lo otro son premisas absolutas. Estamos en presencia de un desarrollo sostenido de ideas, movimiento si bien todavía inorgánico, con una firme construcción de ingeniería social, política y jurídica con algunas herramientas y hasta dogmas laicos de conducta aplicables a los seres humanos.

No hay regionalización, ni criterios religiosos o políticos que inclinen el movimiento o lo hagan preponderante en un país, región, continente o hemisferio. Se trata de un movimiento generalizado, creciente, que va articulándose de manera natural. Los derechos humanos son igualmente importantes para los habitantes de la Provincia de Quebec, Canadá, que para las etnias chiapanecas del sur de México, si bien la expresión en uno y otro sitio difiere en el grado de dramatismo y urgencia por alcanzar la vigencia plena de los derechos humanos y evitar su violación.

Los derechos humanos es un proyecto que unifica al mundo en tanto lo hace partícipe de ideales compartidos y líneas que los poderes públicos deben aceptar y observar.

Como lo ha planteado un experto, Antonio Cassese:

Dichos cánones establecen qué espacios de libertad deben dejar los aparatos estatales a los individuos; dentro de qué límites es admisible comprimir, en ciertas circunstancias dichos espacios; qué características han de revestir las estructuras estatales para resultar conformes con los estándares aceptables del mundo; qué acciones positivas han de emprender los Estados para permitir al autogobierno, permitir que los pueblos actúen en ciertas elecciones fundamentales, suprimir las desigualdades sociales, poner a los más desposeídos seres en condiciones de alcanzar un nivel de bienestar suficiente. Los derechos humanos por lo tanto, se basan en un generoso deseo de *unificar al mundo* prescribiendo *líneas directrices* que todas las estructuras gubernativas deberían observar.²

La justicia como ideal de una sociedad se puede convertir en aspiración real y efectiva si existe el reconocimiento abstracto y la regulación sustantiva de los derechos, el cauce procesal que permita obtener el reconocimiento y un poder judicial que permita declarar y ejecutar tal reconocimiento de derechos. Estamos por tanto en presencia de tres diferentes planos, igualmente importantes y relevantes: una adecuada estructura normativa, jerarquizada, bajo principios trascendentes y democráticos que expresen las aspiraciones sociales de una comunidad; un procedimiento idóneo que permita la efectividad del orden jurídico y una organización jurisdiccional que opere institucionalmente el marco legal.

Como puede observarse, la eficacia del Derecho y su finalidad última, la justicia, requiere de una organización que propicie procedimientos ágiles y expeditos y la efectividad plena de las normas. El derecho de acceso a la justicia requiere de cauces procedimentales y de un sistema de organización judicial que así lo garantice. El derecho de acceso a la justicia o “derecho

² *Ibidem.*, p. 228. Cursivas en el original.

humano a la justicia”, según la expresión certera de Héctor Fix-Zamudio, es una de las prerrogativas de todos los seres humanos, independientemente de su edad, raza, religión, ideología y nacionalidad.

Efectivamente, respecto a esta última calidad, existe consenso internacional sobre la situación de los extranjeros. Una vez admitida su estancia en un país distinto al propio, tienen derechos de los que pueden disfrutar de manera universal, como pueden ser el reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir, ser sujetos de derechos y obligaciones, ciertas reglas mínimas en caso de detención, derecho a que no se confisquen sus bienes y propiedades, derecho a indemnización justa en caso de detención y *last but not least* el derecho a tener acceso a la justicia.

2. EVOLUCIÓN DE LOS MECANISMOS JUDICIALES

La idea de un derecho a la justicia supone necesariamente un Estado social de derecho o un estado en donde se practique la justicia. La necesidad de disponer de reglas para dirimir las controversias no surgió de manera espontánea, ni es producto de la casualidad histórica. Las explicaciones científicas sobre el desarrollo de la justicia están estrechamente ligadas a la noción del Estado, en tanto la aplicación y ejecución del Derecho surge como función primordial del poder público.

Dentro de la concepción de Hobbes el hombre es el lobo del hombre si se encuentra en estado de naturaleza:

La condición del hombre es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está regido por su propia razón, no existiendo nada de lo que pueda hacer uso que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus enemigos.

Al referir este párrafo de Hobbes, el Maestro Mario de la Cueva concluye que en la sociedad primitiva nada puede ser injusto, si los hombres son iguales desde el punto de vista físico, uno puede ser más fuerte que otro, pero tal circunstancia se puede superar, si el débil físicamente por ejemplo, tiene más talento. No hay injusticia, pues donde no hay ley no hay justicia. El estado de naturaleza llevará a cada uno de los hombres a renunciar a su libertad y al derecho que tiene sobre todas las cosas y a contentarse con disponer de la misma libertad que se conceda a todos los demás hombres. No obstante estos pactos entre los hombres para renunciar a sus derechos y poder vivir en paz requiere de un instrumento que los haga cumplir como es el poder político. Al poder, a esa convención de hombres que renuncian a su libertad y a sus derechos, le corresponde unificar la voluntad de todos y se llama *Leviatán*. Sin embargo el soberano, por no formar parte del pacto, no adquiere ninguna obligación y solamente recibe la libertad de todos los hombres para hacer lo que mejor le parezca con esa multitud de voluntades.³

³ Mario de la Cueva, *La idea del Estado*, México, UNAM, Fondo de Cultura Económica, cuarta edición 1994, pp. 72-77.

Niceto Alcalá-Zamora precisa las distintas fases de evolución del mecanismo judicial asignándole la elevada tarea de ser el instrumento de la paz social. Para el destacado procesalista español las etapas son:

- a) la autotutela desenfrenada;
- b) la autotutela refrenada;
- c) la intervención de la familia;
- d) el arbitraje y,
- e) el proceso jurisdiccional.⁴

Sin pretender un análisis exhaustivo de las diversas etapas a las que alude el profesor Alcalá-Zamora, conviene una breve referencia en tanto muestran un desarrollo producto del avance social:

La autotutela brinda la ventaja de la eficiencia y la prontitud, si bien se aleja de principios de convivencia y respeto sociales. La justicia por propia mano no tiene otro elemento que la fuerza de quien la aplica y la debilidad o incapacidad de resistencia de quien la padece. Antes de la fórmula del talión, las sociedades primitivas tuvieron como regla el régimen de auto-defensa cuyas características son la no intervención del poder público por una parte, y el uso de la fuerza por parte de la parte ofendida, de la otra. Como la expresa Eduardo García Maynez: "...la determinación del carácter jurídico o antijurídico de cualquier proceder, queda por completo al arbitrio de los particulares".⁵

La autocomposición puede sugerir la claudicación del más débil, o como lo señaló Alcalá-Zamora, hasta el sacrificio de uno de los contendientes que pudiera tener una errónea representación de su posición jurídica, considerándola más débil de lo que en realidad es.

El proceso, al fin de la Segunda Guerra Mundial, dejó de ser un mero procedimiento establecido en los códigos adjetivos de las distintas materias jurídicas, civil, penal administrativo, y se convirtió en uno de los instrumentos esenciales para alcanzar el derecho de acceso a la justicia. No es un simple pase a la prestación jurisdiccional, sino que se traduce en el derecho fundamental a la justicia.⁶

4 Niceto Alcalá-Zamora, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)*, tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974, pp. 142-143.

5 Eduardo García Maynez, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 45a. edición, 1993, p. 227.

6 Héctor Fix-Zamudio, *Latinoamérica: Constitución, procesos y derechos humanos*; México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 467.

Por ello el proceso es la mejor solución para alcanzar el valor justicia y para alcanzar la paz social, es decir la paz con justicia. Es uno de los fines iniciales del Estado.

En efecto, la aplicación y efectividad de las garantías consagradas por la Constitución depende de que se respete el derecho de acudir a los tribunales en los términos, plazos y condiciones que fijan la norma suprema y las leyes, pues de otra manera la infracción de ciertas garantías genéricas puede producir el desamparo de otros derechos o garantías específicas.

Existe la tendencia de comparar la jerarquía y preeminencia de los diferentes derechos que consagra el orden jurídico. Así es frecuente pensar que el derecho a la vida ocupa el primer plano en la jerarquía normativa y que los demás derechos le siguen en orden de prioridad. El derecho a la vida es naturalmente el fundamento de los demás derechos. De igual manera, así sea adjetivo o procedimental, el derecho de acceso a la justicia es el cimiento de los restantes derechos y garantías. Así como el negar el derecho a la vida es la negación de todos los derechos que la Constitución y las leyes establecen, la denegación de justicia, en que pudiera incurrir un órgano jurisdiccional, hace letra muerta las garantías procesales que la propia Constitución establece.⁷

La discusión puede resultar interesante desde el punto de vista teórico o académico y ha llevado a considerar que el derecho de acceso a la justicia pudiera resultar un derecho instrumental de todos los demás. Independientemente de si es un derecho fundamental o auxiliar, conforme a nuestra Constitución el derecho de acceso a la justicia que consigna el artículo 17 se encuentra en el Título Primero, Capítulo Primero, De las Garantías Individuales, lo que determina en México, que se trata de un auténtico derecho fundamental rodeado de las características propias de los derechos o garantías reconocidos por la Constitución Política.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General en la resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, proclamó en los artículos 7 y 8 el derecho humano a la justicia. En el numeral 7 establece que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley...”. El artículo 8 señala: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o la ley”.

En materia penal la Declaración establece que “Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en materia penal”.

Dentro del amplísimo tema relativo al derecho de acceso a la justicia o a la tutela judi-

⁷ En este sentido Ignacio Borrajo Iniesta *et al*, *El Derecho a la Tutela Judicial y el Recurso de amparo, una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Editorial Cívitas, S. A., 1995, pp. 30-31.

cial, me ocuparé de algunas cuestiones esenciales, si bien de manera meramente enunciativa por las razones a que obliga la limitación del espacio. En tal virtud, expresaré algunas notas sobre la gratuidad de la justicia, los plazos para impartirla y la necesidad de un sistema de defensoría pública independiente, profesional y eficaz que permita la tutela efectiva de la jurisdicción y consecuentemente el derecho de acceso a la justicia.

3. ALCANCE DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Conforme a la historia constitucional de México, desde el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana se estableció el precepto en los siguientes términos: “ Todo hombre que habite el territorio de la Federación, tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia”. En la Constitución de 1857 se confirmó que los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Esta sería gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.

La Constitución de 1917 recogió, antes de la propia Declaración Universal, el derecho humano de acceso a la jurisdicción al establecer que los tribunales estarían expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las costas judiciales a las que alude el texto constitucional y que están prohibidas se refieren a las cantidades en dinero que como contraprestación se otorgan por la actividad jurisdiccional a cargo de los particulares. La retribución de quienes intervienen en la administración de justicia debe ser cubierta por el Estado, de manera que el servicio sea gratuito.⁸

El precepto vigente impone al Estado la obligación de impartir el servicio público de justicia y confiere a todas las personas el derecho de obtener, en todo momento, justicia expedita, completa y gratuita. La disposición constitucional prohibía la prisión por deudas de carácter civil, así como la justicia por propia mano y el ejercicio de la violencia para reclamar un derecho. Establece una garantía de seguridad jurídica en favor del gobernado, consistente en la imposibilidad de las autoridades judiciales de entorpecer indefinidamente la impartición de justicia e imponiéndoles la obligación de resolver los asuntos jurisdiccionales que se les planteen en los términos consignados en las leyes procesales.⁹

8 Tesis de jurisprudencia, P.LXVII/95, No. de Registro 200300, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo II, octubre de 1995, p. 82.

9 El texto vigente del artículo 17 de la Constitución es el siguiente: *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

Se trata, como lo afirma el profesor Ignacio Burgoa, de una obligación positiva, puesto que las autoridades estatales o los tribunales judiciales tienen el deber de actuar en favor del gobernado, y despachar en forma expedita los negocios en que intervengan.¹⁰

La Constitución mexicana, como decía líneas arriba, contiene la forma gratuita de la función jurisdiccional, que establece la prohibición de las costas judiciales y convierte el servicio público de administración de justicia en un servicio a cargo del Estado, gratuito al estar exento de cualquier cobro.

El derecho a la tutela judicial para materializarse, requiere que los órganos jurisdiccionales pronuncien una sentencia sobre el fondo de un asunto, lo que se traduce en una doble vertiente: en primer término, una resolución inicial que pone fin a un litigio o causa y que se refiere al fondo de derechos o intereses y en segundo, el que los tribunales superiores (*ad-quem*) revisen la decisión inicial (*a quo*) y aseguren el funcionamiento de los mecanismos del recurso. Lo anterior, supone que el ejercicio del derecho a la justicia está sustentado en la garantía de acceso a la jurisdicción y el acceso a los recursos que las leyes procesales establecen.

4. GRATUIDAD DE LA JUSTICIA

Con anterioridad a la Constitución de 1857 se exigían costas judiciales, y se generaba consecuentemente una limitación al derecho a la jurisdicción. Los litigantes debían pagar con las costas una contribución adicional al erario público, so pena de no poder ejercitar sus derechos. El comentario de Eduardo Ruiz, constitucionalista de la época, sobre el tema de las costas judiciales es oportuna, a pesar del tiempo transcurrido:

Y si el hombre no se puede hacer justicia por sí mismo, supuesto que hay y debe haber tribunales siempre expeditos para administrarla, ¿sería justo que comprara su derecho en cada caso particular? Los jueces deben estar pagados por los fondos públicos e impartir justicia a cuantos la soliciten, haciendo efectiva la igualdad ante la ley de todos los que se vean en necesidad de ocurrir ante los tribunales.¹¹

El deber de los órganos jurisdiccionales de impartir justicia no es una gracia, ni siquiera una prerrogativa, sino un deber político; una obligación pública, exigible por medio de recursos jurisdiccionales y en nuestro país por medio del juicio de amparo. En México la justicia gratuita no es tan solo un beneficio procesal sino una prerrogativa, una garantía constitucional. No obstante la declaración constitucional y las garantías de gratuidad que establecen las leyes procesales, es importante precisar que no constituyen una mera declaración, sino por el contrario,

10 Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa, séptima edición, 1972, p. 627.

11 Eduardo Ruiz, *Derecho Constitucional*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1978, p. 93.

se vuelvan una realidad y evitan una discriminación que atenta contra la real efectividad de la tutela jurídica. En este sentido algunas normas protectoras de derechos de los desvalidos en materia laboral o agraria que suplen deficiencias de la queja deben mantenerse a pesar de los vientos en contra que siembra el neoliberalismo contrario al Estado Social de Derecho. La institucionalización e independencia funcional y técnica de la defensoría de oficio en materia penal federal es otro signo alentador hacia la igualdad procesal y la efectiva gratuidad del servicio.

No puede existir pasividad de las autoridades frente al derecho de acción procesal. El ministro de la Suprema Corte de Justicia de México, Juventino V. Castro, después de un análisis esclarecedor sobre las garantías de un orden justo a través de la jurisdicción, concluye sobre el carácter de garantía individual del orden jurídico relativa a que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia y para evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos, para que la administración de justicia se lleve en los plazos fijados por las leyes y además que la impartición de justicia será gratuita.¹²

En relación a la gratuidad de la justicia la cuestión presupuestal cobra la mayor relevancia. En España, el Ministerio de Justicia, como órgano del Poder Ejecutivo relacionado con las atribuciones que le corresponden en el tema, dispone de los medios materiales de la administración de justicia y el Consejo General del Poder Judicial no tiene intervención en el presupuesto. En México, por el contrario, el Consejo de la Judicatura Federal elabora su propio presupuesto para integrarlo con el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y formar así el del Poder Judicial de la Federación.

La pregunta que se ha hecho sobre este particular es si, en aras de la completa independencia del Poder Judicial, debe corresponder al mismo allegarse los medios necesarios para cubrir su propio presupuesto. Lo anterior me parece que no resultaría viable ni conveniente para la autonomía de los órganos jurisdiccionales y la independencia de sus integrantes. La administración pública debe facilitar los medios financieros, para la función judicial y sobre todo para garantizar la independencia judicial.

Los presupuestos del Estado son instrumentos públicos y provienen de recursos fiscales que administra el Poder Ejecutivo, en uso de sus facultades constitucionales, previa aprobación de los presupuestos de ingresos y egresos que realiza año con año el Legislativo. Resultaría un absurdo considerar que el Poder Judicial debe fijar tasas o impuestos judiciales para cubrir sus gastos, lo cual, sería ilegal pues vulneraría disposiciones constitucionales como la contenida en el artículo 17 de la Carta Magna, que fija el servicio gratuito de administrar justicia.

Adicionalmente, habría que agregar la obligación impuesta al presidente de la República de facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones, entre los que se encuentra en lugar principal el relativo financiamiento para cubrir las necesidades de la prestación del servicio público.¹³

¹² Juventino V. Castro, *Garantías y Amparo*, México, Editorial Porrúa, 7a. edición 1991, pp. 186-187.

En cuanto a recursos materiales, el Consejo de la Judicatura Federal debe administrar los bienes del Poder Judicial de la Federación con especial referencia a su mantenimiento, conservación y acondicionamiento;¹⁴ así como fijar la política informática y de información estadística para conocer y planear el desarrollo del propio Poder.¹⁵

5. LOS PLAZOS PARA IMPARTIR JUSTICIA

Otro tema polémico es el relativo al retraso en las actuaciones procesales. La rigidez de ciertos preceptos que establecen plazos improrrogables que se convierten en obligaciones judiciales genera responsabilidad oficial de carácter administrativo de servidores públicos del Estado en tanto supone obligación de jueces y magistrados de adaptar sus resoluciones a los plazos fijados por las leyes.

No obstante, propiciar la celeridad irracional de los procesos jurisdiccionales puede llevar a una deficiencia todavía mayor que la dilación, consistente en las resoluciones apresuradas, carentes de fundamentación y motivación adecuada, con posibles errores.

En el ámbito federal de México, la dilación solamente puede derivar en una infracción administrativa sustanciada por medio del procedimiento de queja administrativa consignado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.¹⁶ Antes de la creación del Consejo de la Judicatura Federal la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenía a su cargo las facultades para agilizar la administración de justicia.

El derecho humano a la justicia es fundamental, en tanto es el instrumento sin el cual las libertades fundamentales no podrían ejercitarse, por ello la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó, desde hace más de cincuenta años, la tesis relativa a la facultad del propio Tribunal de dictar medidas convenientes para que la justicia sea, como lo fija el precepto constitucional, expedita, pronta y cumplida.¹⁷ El criterio de la tesis no considera estas medidas como recursos judiciales sino de naturaleza administrativa. Por ello el Tribunal quedó capacitado para:

establecer mediante acuerdos de carácter general, todo aquello que tienda al mejor despacho de los asuntos judiciales, suprimiendo prácticas inconvenientes, trámites inútiles y re-
mediando omisiones y defectos que puedan embarazar los procedimientos judiciales y
aprobar normas de carácter disciplinario o de orden interno para obtener el fin indica-
do...¹⁸

13 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 89 fracción XII.

14 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, artículo 81, fracción XXXIV.

15 *Ibid.*, fracción XXXV.

16 *Ibid.*, Título Octavo.

17 Reformas constitucionales posteriores fijaron además que la justicia sea completa e imparcial.

18 No. de Registro 278905, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LXXX, junio

La dilación puede resultar ocasionalmente inexcusable, por lo que el Consejo de la Judicatura Federal habrá de valorar las condiciones en que se generó el retraso para determinar las sanciones aplicables. No obstante hay que considerar, como lo haré adelante, que la dilación puede obedecer a factores ajenos a la conducta de los juzgadores y ser responsabilidad del órgano de administración y vigilancia que no toman las medidas adecuadas para propiciar que las cargas jurisdiccionales sean equitativas y se evite la concentración excesiva de asuntos en unos cuantos órganos jurisdiccionales.

La Constitución establece que la administración de justicia se lleve en los plazos que señalan las leyes. El precepto alude a la consideración popular de que la justicia tardía deja de ser justicia. Couture expresó “en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia”. La dilación en la impartición de justicia es uno de los más graves problemas de nuestro sistema político y judicial y pone en entredicho la verdadera y efectiva tutela de la ciudadanía.

No obstante, las cargas de trabajo que soportan los órganos jurisdiccionales explican y en ocasiones pueden hasta justificar la dilación en la atención de los asuntos de manera oportuna. Con sobrada razón muchos jueces responsables, concientes de su elevada tarea, preocupados por la carga laboral que soportan, estiman que es mejor dilatar una resolución, que emitirla en los plazos previstos por las leyes sin el análisis suficiente y adecuado. Los órganos de administración y gobierno han entendido esta problemática y consideran que existen causas que justifican y explican dilaciones involuntarias motivadas por el cúmulo extraordinario de los asuntos. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fijado tesis que han formado jurisprudencia. En múltiples quejas administrativas el Consejo de la Judicatura Federal las ha invocado para declarar fundada una queja o bien, si aparecen situaciones excepcionales para considerar infundadas las pretensiones de los quejosos que estiman deben aplicarse sanciones administrativas a los titulares de órganos jurisdiccionales que emiten resoluciones fuera del tiempo fijado por las leyes.

Las tesis de la Suprema Corte de Justicia sobre dilación excesiva en la impartición de justicia fueron emitidas antes de la creación del Consejo de la Judicatura Federal y este órgano de administración y disciplina ha seguido las tesis en la resolución de las quejas administrativas. La Suprema Corte ha fijado su tesis de jurisprudencia que por regla general, las quejas administrativas deben declararse fundadas, e imponer por tanto las medidas disciplinarias, si existe dilación excesiva en la formulación de los proyectos de resolución, por parte de los magistrados, a menos que se den situaciones excepcionales que lo justifiquen.¹⁹ Otra tesis señala que cuando se formula una queja en contra de un funcionario judicial por no formular un proyecto de sentencia dentro del término legal, esta no queda sin materia porque el funcionario informe que ya se resolvió. Lo que se pretende no es solamente que se subsane la demora en la impartición de justicia sino poner en conocimiento del Tribunal -ahora del Consejo de la Judicatura Federal- conductas que ameritaran la imposición de correcciones disciplinarias.²⁰

de 1994, p. 3660.

19 Tesis de Jurisprudencia 31/92, fojas 17 y 18 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 57, septiembre de 1992, Octava Parte.

20 Tesis VI/91, fojas 58 y 59 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, número 38, mar-

6. LA DEFENSORÍA PÚBLICA

Diego Valadés en un trabajo de homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio con motivo de sus treinta años como investigador jurídico, había considerado tres rubros distintos de procedimientos de acceso a la justicia:

- a) los servicios de asistencia legal o de defensoría de oficio;
- b) la protección de los intereses difusos y,
- c) la supresión de formalidades en los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales.²¹

Me parece que podría agregarse un cuarto rubro: la solución alternativa de controversias, que merece por su importancia, un estudio particular.

La defensoría pública o servicio de defensoría jurídica opera exclusivamente en las causas penales. La Constitución Política señala algunas reglas: el inculcado tendrá, entre otras garantías, la relativa a la defensa adecuada por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si el inculcado no quiere o no puede nombrar defensor, después de que se le requiera para ello, el juez designará un defensor de oficio.²² Es consecuente que si el juez tiene la obligación de designar, bajo las condiciones que describe el supuesto constitucional, a un defensor de oficio, el Estado debe proveer los medios necesarios para que se establezca un sistema de defensoría pública.

En este sentido la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación determinó que el Consejo de la Judicatura debe contar con órganos auxiliares de carácter administrativo en apoyo a su tarea, con cierto grado de descentralización y por ello sujetos a determinados controles por parte del Consejo, aun cuando dotados de autonomía técnica para realizar las funciones que la ley les confiere. Resulta explicable que así se hubiera previsto, en cuanto ciertas funciones requieren de la oportunidad y agilidad no siempre propia de los órganos colegiados, y se requiere un tratamiento eficaz, directo y especializado de los asuntos. Entre los órganos auxiliares que prevé la Ley se encuentra la Unidad de Defensoría del Fuero Federal.

En la exposición de motivos de la Ley Orgánica se adelantó que la prestación del servicio público de defensoría gratuita no es un tema concluido y que la sociedad y el gobierno:

zo de 1991.

²¹ Diego Valadés, "Un proyecto para garantizar el acceso a la justicia", en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Derecho Procesal, tomo III, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, pp. 2490-2491.

habremos de seguir reflexionando sobre la ubicación ideal de la Unidad de Defensoría, en el Estado mexicano y, sobre todo, respecto de la posibilidad de ampliar sus funciones para que actúe en materias diversas a las que se refiere el artículo 31 constitucional...²³

En efecto, a unos cuantos meses de expedida la Ley Orgánica en la cual se estableció la Unidad de Defensoría del Fuero Federal como órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal y fijó los requisitos para el desempeño como defensor de oficio y las obligaciones inherentes al cargo, el Senado de la República recibió una iniciativa cuyo propósito es crear un novedoso órgano descentralizado encargado de la prestación del servicio. El Senador Amador Rodríguez Lozano elaboró la iniciativa. En el diagnóstico de la situación, señaló la necesidad de que el organismo encargado de la tarea debería contar con suficiente autonomía e independencia y propuso, con razón suficiente, en mi opinión, un organismo descentralizado del Estado.²⁴ No obstante el Senado se resistió a aceptar tal propuesta y la nueva iniciativa incursionó por una vía menos ambiciosa, como fue el que el organismo denominado Instituto Federal de la Defensoría Pública, permaneciera dentro del Poder Judicial de la Federación, ya sin actuar como organismo auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, sino como un organismo propio del Poder Judicial con autonomía técnica y operativa.

Las desigualdades económicas y sociales de un grupo social llevan a la necesidad de ofrecer servicios públicos de defensa legal que garanticen a todos los ciudadanos el efectivo acceso a la justicia. La mera declaración de los atributos de la justicia como el que sea pronta, expedita, completa y gratuita no permiten el pleno disfrute de la garantía constitucional. En México, en el ámbito federal, el sistema de defensoría legal, defensoría de oficio o como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación lo establece, la Defensoría del Fuero Federal, es por ahora un órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, organismo de administración, gobierno y disciplina del poder aludido, que no ejerce funciones jurisdiccionales, por lo que el legislador lo ubicó en su proyecto, por ahora en trámite, como órgano del Poder Judicial de la Federación.

La Ley mencionada estableció que los defensores de oficio cubrieran los mismos requisitos establecidos para los titulares de los órganos auxiliares del Consejo de la Judicatura Federal y que su designación se realice mediante concursos de oposición, como se hace para la selección y designación de jueces de Distrito y magistrados de Circuito.

Los defensores de oficio deben cubrir las obligaciones que las leyes imponen a los defensores, pero además aquellas encaminadas a cubrir todo el proceso de enjuiciamiento, la debida comunicación con sus defendidos y el cumplimiento de las disposiciones administrativas que emita el Consejo de la Judicatura Federal.

22 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 fracción IX.

23 Exposición de motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, *Normas Fundamentales*, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, México, 1995, p. 44.

24 A la iniciativa del Senador Rodríguez Lozano se agregaron aportaciones de la iniciativa del Sena-

No obstante, el régimen antes descrito está en vías de modificarse en tanto el Senado de la República ha aprobado el proyecto de Ley Federal de Defensoría Pública que abrogaría la Ley de Defensoría de Oficio Federal que data del año de 1922.

Las notas más relevantes del proyecto consisten, como había apuntado, en la creación de un organismo del Poder Judicial de la Federación denominado Instituto Federal de Defensoría Pública y la creación de un servicio público que abarca no solamente la materia penal, tradicionalmente el ámbito exclusivo de los servicios de defensoría pública, sino el acceso a la justicia en general incluyendo la orientación, la representación y la asesoría jurídica. Es éste uno de los avances más relevantes de la iniciativa, así como el establecimiento del Servicio Civil de Carrera, institución inserta en la reforma judicial de 1994 que llevó al texto constitucional el principio de carrera judicial.

El Instituto Federal de Defensoría Pública tiene la misión de designar por cada unidad investigadora del Ministerio Público Federal, por cada tribunal de Circuito y juzgado de Distrito en materia penal, cuando menos un defensor público y el personal de auxilio necesario. El Instituto contará con una Junta Directiva, un Director General y las unidades administrativas y el personal técnico para el adecuado desempeño de sus funciones. La Junta Directiva la integraría el Director General del Instituto quien la presidirá y por seis profesionales del Derecho de reconocido prestigio, nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal.

La creación del Instituto será un apoyo firme al propósito de reforzar los instrumentos que garantice el derecho a la jurisdicción o el derecho de acceso a la justicia, por el que Héctor Fix-Zamudio ha comprometido muchos de sus mejores y más lúcidos párrafos que iluminan el estudio de tan relevante garantía constitucional.

THE CULTURAL PROPERTY DIALOGUE

John Henry Merryman^(*)

Cultural property questions have attracted the serious attention of international lawyers and have left significant legal residues during three periods of modern history. The first grew out of the French appropriations of art during Napoléon's Italian and Low Countries campaigns, when the French imposed treaty provisions on the losers in order to legalize their actions in looting Europe to fill the Musée Napoléon, now the Louvre.¹ Quatremère de Quincy protested against the appropriations in his *Lettres au général Miranda*,² and his ideas were echoed in a little-known cultural property case decided in Nova Scotia in 1813: *The Marquis to Somerueles*.³ During the same period, questions were widely and vigorously discussed about the legality of Lord Elgin's activities in Greece, particularly his removal of works from the Parthenon.⁴ This period of attention to cultural property questions came to an inconclusive end

(*) Profesor Emérito de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford.

1 On the art confiscations of the Napoleonic wars and the partial restitutions following Napoleon's fall see Cecil Gould, *Trophy of Conquest* (1965); Dorothy Mackay Quynn, *The Art Confiscations of the Napoleonic Wars*, *American Historical Review*, vol. 50, no. 3 (April 1945), pp. 437ff.

2 *Lettres au général Miranda sur le préjudice qu'occasioneraient aux art et à la science le déplacement de monuments de l'art de l'Italie, le démembrement de ses Écoles et la spoliation de ses galeries, musées, etc.* (Paris, 1976. Reproduced with an introduction and notes by Édouard Pommier. Paris, 1989). As the title indicates, this was an atypical French reaction against and condemnation of the appropriation of works of art by the French armies in Napoléon's Italian campaign. The cited volume also sets out at pp. 141-146 two petitions addressed to the Directoire. One, dated 16 August 1796, "supporting the theses of Quatremère de Quincy" and signed by fifty artists, requests that before removing works of art from Rome a commission composed of artists and men of letters be appointed by the National Institute to prepare a report on the topic. The other, dated 30 October of the same year and signed by 39 artists "to support the seizure of works of art in Italy," speaks aggressively throughout of "the honor, the glory of the French name."

3 *Stewart's Vice-Admiralty Reports* 482 (Vice-Admiralty Court of Nova Scotia, 1813). The case is reproduced and discussed in *5 International Journal of Cultural Property* 319 (1996).

4 See generally William St. Clair, *Lord Elgin and the Marbles* (rev. ed. 1983); John Henry Merryman, *Thinking About the Elgin Marbles*, 83 *Michigan Law Review* 1880 (1985).

with the partial repatriations imposed on the French at the Congress of Vienna and the purchase of the Elgin Marbles by the British Parliament.

The multitude of questions raised by Napoléon's and Lord Elgin's actions can be reduced to this: Under what conditions may the authorities of a nation properly remove cultural property from another nation or from a subjected people? That question continues to arise in this century; the Nazi art seizures in World War II and the Soviet appropriation and retention, as "cultural reparations," of works taken from Germany in 1945 are the most prominent examples. It is an important and continually fascinating question.

The second period of focussed legal attention to cultural property questions began during the American Civil War. Francis Lieber, a German emigré who became "Professor of Modern History, Political Science and International, Civil and Common Law" at Columbia College, later Columbia University, is the protagonist. His draft of a set of rules to govern the conduct of soldiers in the field, after approval by President Lincoln, was adopted by Henry Wager Halleck, General-in-Chief of the Union forces, and published as General Orders No. 100. Articles 34-36 provide:

34. As a general rule, the property belonging to churches, to hospitals, or other establishments of an exclusively charitable character, to establishments of education, or foundations for the promotion of knowledge, whether public schools, universities, academies of learning or observatories, museums of the fine arts, or of a scientific character -- such property is not to be considered public property in the sense of paragraph 31 [authorizing seizure of enemy public property]; but it may be taxed or used when the public service may require it.

35. Classical works of art, libraries, scientific collections, or precious instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded.

36. If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government, can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace.

Now generally called the Lieber Code, General Orders No. 100 was widely admired as an enlightened and humane document.⁵ It was frequently copied and became the foundation of the modern international law of war. The Lieber Code is the legal ancestor of the Hague Conventions from 1899 to and including Hague 1954 and of the war crimes trials following World War II.

⁵ The Lieber code is set out and discussed in Richard Shelly Hartigan, *Lieber's Code and the Law of War* (1983).

The cultural property questions addressed by the Lieber code and subsequent developments in the law of war can be summarized in this way: In the absence of military necessity,⁶ does a state of war justify the destruction or appropriation of cultural treasures in enemy territory? That is an extremely important question.

Scholars and politicians today are immersed in a third modern period of focussed interest on the international law applicable to cultural property, a period that effectively begins with the end of World War II and the creation of UNESCO. For the first time, the international trade in cultural property is receiving sustained legal attention. In the resulting dialogue, “stolen” and “illegally exported” cultural property have emerged as key categories. Within this dialogue, the movement of cultural property that is neither stolen nor the object of existing or proposed national legislation seeking to restrict its movement is neither controversial nor interesting. It inspires no political or scholarly debate and has produced no literature.

As to stolen cultural property, the basic legal principles are uncontroversial. The courts and other legal authorities of all nations are open to foreign owners seeking to recover stolen cultural objects, subject only to the rights of good faith acquirers and prescription under the applicable national law. Interesting questions about the choice of forum, procedure, defenses and remedies remain, but respected voice advocates the free movement of stolen cultural property.

The current international interest in free movement focusses on cultural property that is not stolen but whose international movement is, or may be, restricted by national legislation, typically legislation prohibiting or restricting export. By its nature, export control legislation applies primarily, if not exclusively, to privately held cultural property, i.e., to cultural objects in private collections or private museums or in the inventories of dealers and auctioneers. In the absence of restrictive national legislation, such objects would be free to move in international trade. A French collector could send his van Gogh painting to London or New York for sale if he thought it would attract a better price there than in Paris. A Japanese collector who purchased a Monet painting in Paris could take it to his home in Kyoto. A Peruvian who inherited a collection of pre-Columbian gold and ceramics could donate it to a Canadian ethnographic museum to fill a major gap in its holdings.

Each nation decides for itself whether to adopt such restrictive legislation, and the domestic debate about such matters can touch on a variety of issues: Should the state attempt to restrict the export of privately held cultural property at all? (most, but not all, do) To what categories of privately held cultural property should the export restrictions apply? (commonly to all but recently created objects, such as the works of living artists and craftsmen) What form should the restrictions take? (the most common form is a general embargo on export, with

⁶ From Lieber forward, including the 1954 Hague Convention, the protection afforded cultural property has been subjected to the military necessity exception. For a brief history of the exception see John Henry Merryman, Two Ways of Thinking about Cultural Property, 80 *Am. J. Int'l. Law* 831, 837-841 (1986).

exceptions for which a license may be granted on proper application; in the United Kingdom export permission is required but will be granted in all but a few cases and will issue even in those cases if local institutions fail to purchase the object at its full price; in a number of Latin American nations the law declares that the state own such objects, with provision for an export licensing procedure that is seldom invoked because it seldom succeeds). Should the state compensate individuals for significant loss of value resulting from its export restrictions? (most do not)⁷ How should the restrictions be enforced? (enforcement is notoriously ineffective)? These are interesting questions, and like other national measures dealing with international trade their resolution has significant international resonance, but as the international system and international law are presently constructed, they are domestic questions.

To international lawyers the root issue in any discussion of the free movement of cultural property is this: What, if any, legal effect should the authorities of one nation give to another nation's restrictions on the export of privately held cultural property? No one questions Italy's right to prohibit the export of privately held cultural objects from its territory. The interesting question is whether other nations should enforce the Italian legislation. The traditional position, which follows from basic international law principles of the independence and equality of states, is that other nations have no obligation to give effect to the Italian law. As stated by Professor Bator:

The fundamental general rule is clear: *The fact that an art object has been illegally exported does not in itself bar it from lawful importation into the United States; illegal export does not itself render the importer (or one who took from him) in any way actionable in a U.S. court; the possession of an art object cannot lawfully be disturbed in the United States solely because it was illegally exported from another country* (emphasis in original).⁸

We can now state the question: Should the traditional international law rule that a nation has no obligation to enforce another nation's restrictions on the export of privately held cultural property be changed? In fact, that principle has already been modified to some extent by Article 7(a) of the 1970 UNESCO Convention, by the EU Council Directive 93/7 of March 1993, and by Articles 3 and 5 of the 1995 UNIDROIT Convention, but few of the interested parties are satisfied, and the debate about the free movement of cultural property continues.

There is an important related question. We have seen that if cultural property is characterized as stolen, certain international legal consequences follow. Thus if paintings stolen from

⁷ In the recent *Walter* case the French government was for the first time required to compensate the owner for such cost. See Nicholas Powell's discussion of the case and subsequent events in *The Art Newspaper* of December 1996 at p. 5. And see the decision of the Supreme Court of Costa Rica in *Boletín Judicial* No. 90, 12 May 1983, treating the Costa Rica law declaring cultural to be objects property of the State as an expropriation contrary to constitutional procedural and compensation requirements.

⁸ Paul M. Bator, *An Essay on the International Trade in Art*, 34 *Stanford Law Review* 275 (1982), republished as a monograph by the University of Chicago Press under the title *The International Trade in Art* (1982).

a German museum are found in the home of a Brooklyn lawyer, and the museum properly invokes the jurisdiction of the proper American court in the proper way, and the applicable statute of limitations has not run, the museum will recover its property.⁹ But if a Poussin painting is exported from France by its owner contrary to French law and is taken to America, the case is differently characterized, and those legal consequences do not ensue.¹⁰ France has no standing before U. S. courts to bring an action. Some scholars wonder whether so substantial a difference in legal outcome should follow from what might appear to be a formal distinction between theft and illegal export.¹¹ But at an empirical level, cultural property *stolen* from its owner seems to be significantly different from cultural property *voluntarily exported* by its owner, and the law recognizes that difference by treating the cases differently.

As with all such distinctions, difficulties arise at the boundary. In international cultural property law, the theft/illegal export boundary problem is invoked by national legislation declaring that broad categories of cultural property -for example “all pre-Columbian objects”- are property of the nation, whether discovered or undiscovered, whether found on public or private land, whether possessed by public institutions or private individuals. A number of nations, prominently including Guatemala, Mexico and Peru, have such omnibus statutes, which have been invoked in three well-known American judicial decisions.

In *U. S. v. Hollinshead*,¹² a criminal prosecution for violation of the U.S. Stolen Property Act by importing a stela hacked from a Mayan temple at Machiquila in Guatemala, the defense apparently failed to raise the characterization question, and the court without discussion applied the language of the Guatemala statute to characterize the stela as stolen. In a subsequent Stolen Property Act prosecution, *U.S. v. McClain*,¹³ the characterization question was fully argued, and after extensive discussion the court held that, for the purposes of the U.S. Stolen Property Act, Mexico’s omnibus ownership law made ceramics and jewelry removed from Mexican sites and brought to the U.S. for sale “stolen property.” Then in a civil action in 1991 Peru, claiming ownership under its omnibus statute, sought to recover objects in an American collection that it claimed were looted from grave sites at Sipan.¹⁴ In holding against Peru the court considered evidence concerning the domestic effect of the Peruvian legislation and concluded:

9 *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, 678 F. 2d 1150 (2d Cir. 1982), in which two Dürer portraits were returned to Weimar, is a well-known application of this rule.

10 See Nilson, Poussin’s Holy Family Feud, *ARTnews* 78 (Feb. 1982); Dispute over Cleveland Poussin Flares Again, *ARTnewsletter* 3 (July 10, 1984); N.Y. Times, March 28, 1987, at L11, vol. 4.

11 For discussions see Pierre Lalive, Sur l’application du droit public étranger, *Annuaire Suisse de Droit International* 103 (1971); Institut de Droit International, vol. 56 (1975) pp. 157ff. (discussion and proposed resolutions based on report by Professor Pierre Lalive); K. Lipstein, General Report on Conflict of Laws and Public Law for the XII International Congress of Comparative Law, Sydney, 18-26 August 1986; George Bermann, Public Law in the Conflict of Laws, 34 *Am. J. Comp. L.* 157 (Supp. 1986); P. J. O’Keefe & L. V. Pratt, *Law and the Cultural Heritage*, Volume 3: Movement, 654 ff. (1989); Manlio Frigo, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale* 332 ff. (1986).

12 495 F. 2d 1154 (9th Cir. 1974).

13 545 F. 2d 988 (5th Cir. 1977), subsequent opinion at 593 F. 2d 658 (5th Cir. 1979), cert. denied, 444 U.S. 918 (1979).

14 *Government of Peru v. Johnson*, 720 F. Supp. 810 (C.D.Cal. 1991), affirmed in an “unpublished” decision, 1991 U.S.A. pp. Lexis 10385.

The domestic effect of such a pronouncement appears to be extremely limited. Possession of the artifacts is allowed to remain in private hands, and such objects may be transferred by gift or bequest or by intestate succession. There is no indication in the record that Peru ever has sought to exercise its ownership rights in such property, so long as there is no removal from the country. The laws of Peru could reasonably be considered to have no more effect than export restrictions.

The 1970 UNESCO Convention incorporates the distinction between stolen and illegally exported cultural property but finesses the characterization problem by limiting recovery of stolen property in Article 7 (b) to “property stolen from a museum or a religious or secular public monument or similar institution. . . provided that such property is documented as appertaining to the inventory of that institution.”¹⁵ The *Hollinshead* stela probably, and the *McClain* jewelry and ceramics and the *Peru v. Johnson* gold artifacts certainly would fail to qualify for relief under that provision. The 1995 UNIDROIT Convention also incorporates the distinction between stolen and illegally exported cultural property and deals with the characterization issue by providing that:

For the purposes of this Convention, a cultural object which has been unlawfully excavated or lawfully excavated but unlawfully retained shall be considered stolen, when consistent with the law of the State where the excavation took place.¹⁶

Under that provision, the objects in *Hollinshead* possibly, and those in *McClain* and *Peru v. Johnson* certainly, would be characterized as stolen.

IDEOLOGIES AND DISCOURSES

Views on the legal effect the authorities of a nation ought to give to another nation’s restrictions on the export of privately held cultural property vary widely for reasons that are more ideological than legal, and the rhetoric in which the various positions are typically expressed reflect and enforce their ideological sources. Here are the major voices.

a. *The international free trade discourse*

The post-World War II international free trade movement that produced the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and the Treaty of Rome, among others, has as a principal policy objective the removal of “impediments” or “barriers” to international trade. Nationally imposed impediments to trade, whether in the form of tariffs or non-tariff barriers

¹⁵ UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export, and Transfer of Ownership of Cultural Property, Article 7 (b) (i).

¹⁶ UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Article 3 (2). For a brief discussion of this provision see John Henry Merryman, *The UNIDROIT Convention: Three Significant Departures from the Urtext*, 5 *International Journal of Cultural Property* 11, 13-15 (1996).

like export controls, are presumptively undesirable. The GATT and the Treaty of Rome generally express and explicate this ideology, but each of them contains an exception for “national cultural treasures,” GATT in Article XX(f) and the Treaty of Rome in Article 36. An obvious question is: who decides whether an object is a “national cultural treasure?” which neither treaty defines or elaborates. Neither of these exceptions has been further defined by litigation or scholarly consensus, although one writer has suggested that, applying general principles of interpretation, they should be narrowly construed.¹⁷

b. *The discourse of the acquirors*

Acquirors (museums, collectors and the art trade) form a loose coalition with an imperfectly defined ideology and an underdeveloped discourse. They favor the free international movement of privately held cultural objects and oppose the enforcement of source nation export restrictions for a variety of reasons. At the most pragmatic level, museums exist to acquire and conserve cultural objects for study and display, and without free movement there will be fewer opportunities for acquisition. The same is obviously true for collectors and the dealers and auction houses that serve them.

Acquirors also base their support for the free international movement of privately held cultural objects on other arguments: The existence of a market preserves cultural objects that might otherwise be destroyed or neglected by providing them with market value. In an open, legitimate trade, cultural objects can move to the people and institutions that are most likely to value and care for them. Museum collections are built on occasional market acquisitions and, often more important, gifts from collectors, and the range and quality of major private collections depend on the existence of an internationally active and experienced art trade. National measures inhibiting the international movement of cultural objects drive the trade underground, producing a corrupting and destructive (of objects, contexts, information and access) black market. In basic agreement with the international free trade movement, this discourse argues that export controls should at most receive only selective international enforcement. The principal international instruments: the 1970 UNESCO Convention and the 1995 UNIDROIT Convention, provide some support for this view.

c. *The discourse of the cultural internationalists*

The central premise is that there is a legally cognizable international interest in cultural property, a proposition that was first clearly stated two centuries by Quatremère de Quincy:

[T]he arts and sciences belong to all Europe, and are no longer the exclusive property of one nation. . . . It is as a member of this universal republic of the arts and sciences, and not as an inhabitant of this or that nation, that I shall discuss the concern of all parts in the preservation of the whole.¹⁸

¹⁷ Edmond McGovern, International Trade Regulation §13. 112 (1995).

¹⁸ Quatremère de Quincy, *cit. supra*, n. 2.

and restated in 1813 by Dr. Croke in his opinion in *The Marquis de Somerueles*:

They are considered not as the peculium of this or that nation, but as the property of mankind at large, and as belonging to the common interests of the whole species.¹⁹

In this century the clearest such statement occurs in the preamble to the 1954 Hague Convention:

Being convinced that damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind, since each people makes its contribution to the culture of the world;

Within UNESCO, many of whose members strongly assert exclusive rights over cultural property within their jurisdictions, the small measure of support for cultural internationalism is based on different reasoning. The key UNESCO instruments speak of a common international interest in the “exchange” or “circulation” of cultural property. Thus the preamble to the 1970 UNESCO Convention states that:

[T]he interchange of cultural property among nations for scientific, cultural and educational purposes increases the knowledge of the civilization of Man, enriches the cultural life of all peoples and insures mutual respect and appreciation among nations.

While this statement might appear to support the free movement of cultural property, it appears in an instrument whose principal purpose is to provide a measure of international enforcement of national export controls. The 1976 UNESCO Recommendation Concerning the International Exchange of Cultural Property includes the following language:

[T]he circulation of cultural property . . . is a powerful means of promoting mutual understanding and appreciation among nations. . . . [A] systematic policy of exchanges. . . would not only be enriching to all parties but would also lead to a better use of the international community’s cultural heritage which is the sum of all the national heritages.

This language also might appear to support free movement, but the same instrument contains language clearly expressing market aversion and the assumption that the appropriate level of movement of cultural property can be achieved through exchanges between museums, and it clearly does not contemplate trade in privately held cultural property.²⁰

19 Stewart’s Vice-Admiralty Reports 482 (1813).

20 The Recommendation clearly contemplates a sharply restricted version of international trade. Its Introduction states:

[T]his recommendation invites Member States to develop the lawful circulation of exhibits among museums and other cultural institutions in various countries *through exchanges or loans or, in the case of items possessed by a nation in many copies, through definitive assignment* (emphasis added).

d. *The source nation discourse*

The guiding ideology among a large majority of art-rich nations and UNESCO is nationalist and retentionist.²¹ It emphasizes the relation between cultural objects and national history, culture and identity, employs terms like “cultural heritage” and “cultural patrimony” and prefers to speak of “protection” rather than “retention” of cultural property. According to this view, privately held cultural objects within the national territory should remain there and, if they stray from it, should be returned. Other nations should respect and enforce source nation export controls. The 1970 UNESCO Convention supports this ideology and employs its rhetoric.

e. *The discourse of the archaeologists*

The archaeologists’ ideology has at its core a professional concern for the preservation of sites and contexts and the corollary of an archaeological monopoly on excavation, study and publication according to the procedures and standards of the profession. Archaeologists argue that the clandestine excavation and removal of objects from sites destroys context and causes the loss of irreplaceable information. In their view, museums, collectors and dealers in the rich nations, by providing a market for antiquities, are principally responsible for the destruction. Archaeologists dislike the antiquities market (“commercialization” and “buying and selling”), and some of them are “at war” with collectors, museums and the trade, whom they accuse of market-motivated “rape,” “pillage,” and “plunder.”²² Archaeologists generally support more rigorous national controls over the export of antiquities and believe that they should be internationally enforced. The 1970 UNESCO Convention weakly, and the 1995 UNIDROIT Convention more strongly support this view.

THE SCHOLARLY PROSPECT

The wide variation in the assumptions and terms of discourse seriously handicaps any effort to sustain a serious dialogue about the free movement of cultural property, a dialogue that over several decades has been intermittent, unstructured and only marginally productive.²³ Structure and continuity might improve matters, but it may be more important to identify two

And the Preamble candidly expresses aversion to the market:

[T]he international circulation of cultural property is still largely dependent on the activities of self-seeking parties and so tends to lead to speculation which causes the price of such property to rise, making it inaccessible to poorer countries and institutions while at the same time encouraging the spread of illicit trading.

The drafters clearly hoped that the desired level of international circulation of cultural objects could be achieved through exchanges, loans and gifts between institutions. The obvious analogy is to transactions in pre-commercial societies, to a barter system.

21 For a fuller discussion see my *The Retention of Cultural Property*, 21 *U.C. Davis L. Rev.* 477 (1988).

22 Commentary: Archaeologists Are Not Helping, *The Art Newspaper*, No. 55, January 1966, p. 26.

23 The Bator article cited *supra*, n. 9, is a convenient marker of the opening of the dialogue.

fundamental impediments to productive discussion.

The first is the common one that participants in conferences and symposia often do not address the same question, either because the question has been inadequately specified or because they prefer to talk about something else. We have seen that the central question of international law in a discussion of the free movement of cultural property reduces to this: *Should the traditional international law rule that a nation has no obligation to enforce another nation's restrictions on the export of privately held cultural property be changed?* This is a carefully crafted and focussed question, but any attempt to answer it quickly leads to others. For example, should all kinds of cultural property be treated as the same, or do some kinds, such as national icons, archaeological sites and objects and artifacts of religious/ceremonial importance to living cultures, raise considerations not obviously applicable to easel paintings or free-standing sculptures? Should it make a difference if the objects involved -a collection of Italian drawings owned by a French collector; a group of Hitler water colors owned by an Italian collector- lack any significant cultural or historical relation to the nation seeking foreign enforcement of its export controls? The central question thus raises a cluster of additional questions, which are connected to the center by bonds of relevance and materiality, and a coherent dialogue becomes possible - if the participants address them.

A second difficulty is that one of the five ideologies is effectively excluded from participation in the dialogue. Collectors (including museums that collect) and the art trade are reviled and ostracized by archaeologists, viewed with suspicion by representatives of source nations and excluded from UNESCO statements on the international exchange of cultural property. Another ideology -that of cultural internationalism- has had only limited success in engaging the attention of archaeologists and source nations, and its voice within UNESCO is muted. Thus the voices of major interests are seldom heard.

Suppose we agree on two premises: (1) that all of the five ideologies are legitimate and (2) that each discourse expresses a core interest of unchallengeable validity surrounded by a penumbra of more or less debatable implications. If we so agree, the possibility of an easy (some might say simplistic) answer to the free movement question vanishes. The scholarly prospect becomes both more complex and more interesting, and the possibility of a productive dialogue becomes more realistic.

Subsequent occasions worth mentioning include the legislative discussions and lobbying in the U. S. Congress that produced the Cultural Property Implementation Act of 1982; the invitational colloquium held at the Getty Museum in 1989; the five biennial conferences on the International Trade in Art organized and conducted by Professor Pierre Lalive in 1985-1995, particularly the 1995 conference in Vienna, which featured a multi-faceted discussion of "A Licit International Trade in Cultural Property;" and the discussions in the Unidroit Working Group, the conferences of national experts and the diplomatic conference that produced the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Property.

AS RELAÇÕES ENTRE ORDEM INTERNACIONAL E ORDEM INTERNA NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Jorge Miranda^(*)

1. A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA E O DIREITO INTERNACIONAL

I. A Constituição portuguesa actual, aprovada em 2 de Abril de 1976 (e já revista em 1982, 1989, 1992 e 1997), dedica todo um preceito ao Direito internacional, o art. 8º,¹ em que cuida não só do Direito internacional convencional como do Direito internacional comum e, desde a revisão de 1982, também de normas dimanadas de órgãos de organizações internacionais.

Em face das normas constitucionais e no contexto global da Lei Fundamental, é agora quase unânime a opinião de que existe uma cláusula geral de recepção plena² - o que não significa, evidentemente, que os autores dela retirem idênticas consequências.

(*) Professor catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

1 É, como se sabe, a primeira Constituição portuguesa que o faz.

2 Assim, AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, policopiado, I, 1976, págs. 321, 322, 330 e segs., e 337 e segs., e *Fontes não voluntárias de direito administrativo*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1976 pág. 21; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *O Direito Internacional na Constituição de 1976*, in *Estudos sobre a Constituição, obra colectiva*, I, Lisboa, 1977, págs. 39 e segs.; JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 - Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, págs. 297 e segs. e *As actuais normas constitucionais e o Direito internacional*, in *Nação e Defesa*, 1985; NUNO BESSA LOPES, *A Constituição e o Direito internacional*, Vila do Conde, 1979, págs. 39 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *A adesão de Portugal à C.E.E. e a Constituição de 1976*, in *Estudos sobre a Constituição*, III, Lisboa, 1979, págs. 465 e segs.; RUI DE MOURA RAMOS, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Sua posição face ao ordenamento jurídico português*, in *Documentação e Direito Comparado*, nº 5, 1981, págs. 127 e segs.; MOTA CAMPOS, *A ordem constitucional portuguesa e o Direito comunitário*, Braga, 1981, págs. 149 e segs.; *As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à luz da Revisão Constitucional de 1982*, Braga, 1985, págs. 55 e segs., e *Direito Comunitário*, II, 4ª ed., Lisboa, 1994, pág. 195; SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982, pág. 84; ADRIANO MOREIRA, *Direito Internacional*

II. Não custa descobrir um enquadramento favorável à recepção automática do Direito internacional na Constituição de 1976.

Apontam, por certo (embora não decisivamente) nessa direcção os trabalhos preparatórios na Assembleia Constituinte: o teor das intervenções produzidas durante a discussão do art. 8º, o claríssimo texto aprovado acerca do Direito internacional geral ou comum (pela primeira vez entre nós) e a adopção, em vez de uma cláusula de reciprocidade, da regra de vigência das normas convencionais na ordem interna “enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”.

Ao mesmo tempo, e sobretudo, noutros preceitos fazem-se não poucos e não pouco importantes apelos a normas de Direito internacional: arts. 4º, 7º, nº 1, 15º, nº 3, 16º, nºs 1 e 2, 29º, nº 2, e 273º, nº 2.

III. No tocante ao Direito internacional comum, corroboram ou apoiam a tese da recepção automática: 1º) a letra do art. 8º, nº 1, similar à do art. 25º da Constituição federal alemã; 2º) a referência a princípios de Direito internacional nos arts. 7º, nº 1, 16º, nº 2, e 29º, nº 2.³

Problema complementar consiste em averiguar se deve reconhecer-se a eficácia interna de todo e qualquer costume internacional ou se, apenas, daqueles em cuja formação Portugal tenha intervindo ou a que tenha dado aceitação tácita.⁴ Congruentemente com uma fundamentação não voluntarista do Direito internacional, é de preferir o alcance mais consentâneo com a universalidade do Direito internacional.

Público, Lisboa, 1983, págs. 193-194; AZEVEDO SOARES, *Lições de Direito Internacional Público*, 4ª ed., Coimbra, 1988, págs. 80 e segs.; RUI MEDEIROS, *Relações entre normas constantes de convenções internacionais e normas legislativas na Constituição de 1976*, in *O Direito, 1990*, pág. 356; GOMES CANTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, págs. 82 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Coimbra, 1993, págs. 108 e segs.; CARLOS FERNANDES, *Lições de Direito Internacional Privado*, I, Coimbra, 1994, págs. 92 e segs.; MARIA LUISA DUARTE, *O Tratado de União Europeia e a Garantia da Constituição*, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, obra colectiva, Lisboa, 1995, pág. 695.

Diversamente, JORGE CAMPINOS, *O Ministro dos Negócios Estrangeiros*, Lisboa, 1977, pág. 48 (para quem só haveria validade imediata na ordem interna do Direito internacional geral ou comum, ao passo que, quanto ao Direito convencional, o sistema seria de transformação implícita); SILVA CUNHA, *Direito Internacional Público*, I, 5ª ed., Coimbra, 1991, págs. 92 e segs. (que invoca contra a recepção geral plena o princípio da independência nacional e o art. 1º do Código Civil).

Cfr: ainda, sem tomarem posição, ISABEL JALLES, *Implicações jurídico-constitucionais da adesão de Portugal às Comunidades Europeias*, Lisboa, 1980, págs. 79 e segs. e 89 e segs.; MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário - A ordem jurídica comunitária - As liberdades fundamentais na C.E.E.*, Lisboa, 1985, págs. 98 e segs.

3 E, noutro plano, hoje também no art. 721º, nº 3 do Código de Processo Civil.

4 Em sentido restritivo, em face da Constituição de 1933, após 1971, AFONSO QUEIRÓ, *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno ante a última revisão constitucional*, Coimbra, 1972, pág. 17.

Mais duvidoso é o estatuto do costume local. Evidentemente, não cabe no âmbito do art. 8º, nº 1, conquanto este lhe possa ser estendido por analogia.⁵

IV. Quanto ao nº 2 do art. 8º, ele não fez depender a vigência na ordem interna das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas senão da sua publicação oficial (o que bem se compreende, pois nenhum cidadão pode ser destinatário de uma norma jurídica sem que disponha de um meio objectivo de a conhecer); mas a publicação - que não é acto específico e livre do órgão de vinculação internacional do Estado, o Presidente da República - ao contrário da ratificação- funciona como mera *conductio iuris*.

Se não bastasse a interpretação histórica, literal e lógica do art. 8º, alguns argumentos de natureza sistemática viriam confirmar ou demonstrar que nele se encontra uma regra de recepção geral plena do Direito internacional convencional. Com efeito:

a) O art. 4º, o art. 15º, nº 3, o art. 16º, nº 1, e o art. 273º, nº 2 (que versam, respectivamente, sobre matérias tão importantes como a definição da cidadania portuguesa, a atribuição a cidadãos de países de língua portuguesa de direitos não conferidos a estrangeiros, a enumeração dos direitos fundamentais e a defesa nacional) colocam os actos normativos de Direito internacional a par da lei como fontes de regras de Direito interno; e não se trata nem de redundâncias nem de cláusulas de recepção semiplena, mas sim de afloramentos naturais do princípio da recepção plena;

b) São os mesmos os órgãos -o Parlamento e o Governo- que têm competência de aprovação de tratados [arts. 164º, alínea j), e 200º, nº 1, alínea c)] e competência legislativa [arts. 164º, alínea d), e 201º] - pelo que não se justificaria por nenhuma razão de equilíbrio do sistema político, e exigência de dois actos sucessivos de qualquer desses órgãos sobre a mesma matéria;

c) Mas, por outra banda (o que afasta a hipótese de transformação implícita), a competência de aprovação dos tratados e acordos internacionais é distinta e não totalmente coincidente com a competência legislativa [recordem-se os arts. 164º, alínea j), e 200º, alínea c), em confronto com os arts. 164º, alínea d), 201º e 229º, nº 1, alíneas a), b) e c)], e manifesta-se em actos típicos diferenciados - quanto à Assembleia da República, a resolução, por força do art. 169º, nº 5; e, quanto ao Governo, o decreto, o decreto simples, e não o decreto-lei;

d) Na fiscalização da onstitucionalidade igualmente se distingue entre actos legislativos e tratados (arts. 277º, nº 2, 278º, nº 1, 279º, nº 4 e 280º, nº 3).

V. Ainda a respeito do art. 8º, nº 2, observe-se que:

- A alusão do art. 8º, nº 2 a convenções “regularmente ratificadas ou aprovadas” tem de ser conjugada (como se vai ver) com o art. 277º, nº 2;

⁵ Assim, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pág. 110.

- A expressão “enquanto vincularem internacionalmente o Estado português” significa que a vigência na ordem interna depende da vigência na ordem internacional (as normas internacionais só vigoram no nosso ordenamento depois de começarem a vigorar no ordenamento internacional e cessam de aqui vigorar ou sofrem modificações, na medida em que tal aconteça a nível internacional);⁶

- Em contrapartida, a não vigência de qualquer tratado na ordem interna por preterição dos requisitos constitucionais não impede a vinculação a esse tratado na ordem internacional.

VI. Quanto às normas emanadas dos órgãos competentes de organizações internacionais de que Portugal seja parte e que vigoram directamente na ordem interna, por tal se encontrar estabelecido nos respectivos tratados constitutivos (art. 8º, nº 3),⁷ nenhuma dúvida se suscita sobre a natureza do fenómeno com recepção automática no seu grau máximo.⁸

Dispensa-se, aí, não só qualquer interposição legislativa como qualquer aprovação ou ratificação a nível interno equivalente à dos tratados (e tão pouco pode dar-se fiscalização preventiva). Mas deveria exigir-se sempre a publicação no jornal oficial português.⁹

Pensado em 1982 na perspectiva da integração de Portugal nas Comunidades Europeias e da consequente recepção do Direito comunitário, não esgota aí o seu âmbito virtual. Como bem se sabe, há decisões normativas imediatamente aplicáveis doutras organizações internacionais - entre as quais as resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas.¹⁰

VII. O art. 8º, nº 3 da Constituição foi há pouco fortemente criticado: 1º) por conferir ao Direito comunitário derivado um regime mais favorável do que aquele que concede ao Direito co-

6 Naturalmente, esta regra vale também para o Direito internacional comum e para o Direito das organizações internacionais.

7 No texto de 1982, falava-se em “*expressamente* estabelecidos nos respectivos tratados constitutivos”. O advérbio foi suprimido na revisão de 1989.

8 Cfr. ANTÓNIO VITORINO, *A adesão de Portugal às Comunidades Europeias*, Lisboa, 1984, págs. 43 e segs.; MOTA CAMPOS, *As relações ...*, cit.; MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, págs. 102 e segs.; AZEVEDO SOARES, *op. cit.*, págs. 89 e segs.; JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Comunitário*, Lisboa, 1988, págs. 170 e segs.; NUNO PIÇARRA, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177º do Tratado CEE*, Lisboa, 1991, págs. 84 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *A transposição das directivas comunitárias para a ordem jurídica nacional*, in *Legislação*, nºs 4-5, Dezembro de 1992, págs. 69 e segs.; CARLOS BOTELHO MONIZ e PAULO MOURA PINHEIRO, *As relações da ordem jurídica portuguesa com a ordem jurídica comunitária - algumas reflexões*, *ibidem*, págs. 121 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 89 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, págs. 113 e segs. e 132 e segs.; MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, cit., págs. 392 e 393; MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 698 e segs.

9 O que, todavia, não tem acontecido com os regulamentos comunitários.

Sem pôr em causa que a obrigatoriedade destes regulamentos apenas depende da publicação no *Jornal Oficial* das Comunidades (art. 191º do Tratado de Roma) é óbvio que a sua publicação depois no *Diário da República* reforçaria a certeza e a segurança jurídica das pessoas.

10 V., por exemplo, as resoluções nºs 808 e 823, de 22 de Fevereiro e 25 de Maio de 1995, in *Diário da República*, I série-A, nº 109, de 11 de Maio de 1995.

munitário originário, composto pelos tratados que instituíram as Comunidades e pelos que as modificaram (tratados esses diluídos na categoria genérica de tratados do nº 2); 2º) por só atribuir aplicabilidade directa às normas, e não também às decisões (individuais) dos órgãos da Comunidade, a que se refere o art. 189º do Tratado de Roma; 3º) porque aquilo sobre que haveria de dispor não era sobre a vigência do Direito comunitário na ordem interna, mas sim sobre a *legitimação* constitucional dos limites do poder soberano resultantes da adesão às Comunidades.¹¹

Não nos parecem, de modo algum, pertinentes estas críticas.

Em relação à primeira, cabe notar que são as próprias condições de emanação das normas convencionais e as das normas criadas no seio de organizações internacionais (assim como as de Direito internacional geral ou comum) que obrigam à distinção constitucional. Não se vê como, por específicos que sejam os tratados institutivos e modificativos das Comunidades, eles possam estar sujeitos a um regime diverso do dos demais tratados. De resto, o que é mais importante: a participação de Portugal nas Comunidades, por meio de tratados que obtiveram a aprovação dos órgãos constitucionais competentes, ou a produção de normas fundadas nesses mesmos tratados?

Por seu turno, a ausência das decisões não normativas no nº 3 tem de ser encarada no conjunto do art. 8º, já que este, nos seus três preceitos, nunca se refere senão a normas: *normas* de Direito internacional geral ou comum no nº 1; *normas* constantes de tratados, no nº 2, e, logicamente, *normas* emanadas de organizações internacionais, no nº 3. Contudo, isso não impede que se devam abranger na sua *ratio* também os tratados-contratos e as decisões (individuais) das Comunidades Europeias, desde que adquiram alguma relevância na ordem interna - o que não será, talvez, frequente.^{12/13}

A terceira crítica, por último, parece ignorar tanto a amplitude do preceito como a existência, desde a revisão constitucional de 1992, de um nº 6 do art. 7º, em que se prevê, precisamente, “o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia”.

2. RELAÇÕES ENTRE NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL RECEBIDAS E NORMAS DE DIREITO INTERNO

I. A força jurídica (ou valor ou eficácia) das normas de Direito internacional recebidas na ordem interna frente à força jurídica (ou ao valor ou à eficácia) das normas de produção interna pode ser *a priori* concebida numa das seguintes posições:

11 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, págs. 113 e segs.

12 Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 84.

13 Outra questão será a da aplicabilidade das *directivas* comunitárias - que têm conteúdo e eficácia diferente das dos *regulamentos*. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *A transposição ...*, cit., *loc. cit.*, págs. 73 e segs.

1ª) Força jurídica supraconstitucional das normas internacionais; 2ª) Força jurídica constitucional dessas normas; 3ª) Força jurídica infraconstitucional, mas supralegal; 4ª) Força jurídica igual à das normas legais; 5ª) Força jurídica infralegal.

II. Inexiste na Constituição portuguesa (na actual, como nas anteriores, e também na grande maioria das Constituições estrangeiras)¹⁴ consideração expressa e inequívoca do lugar que as normas de Direito internacional ocupam na ordem interna. O legislador constituinte mostrase aqui muito prudente.

Podem ser carreados, contudo, alguns elementos que permitem chegar a resultados fecundos na análise de diferentes problemas: relação entre Direito internacional geral ou comum e normas constitucionais; relações entre Direito internacional convencional e normas constitucionais; relações entre Direito das organizações internacionais e normas constitucionais;¹⁵ relação entre Direito internacional e normas de lei ordinária.

3. NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL GERAL E NORMAS CONSTITUCIONAIS

I. A Constituição declara formalmente vários princípios de Direito internacional geral ou comum no art. 7º, nº 1: respeito dos direitos do homem, direito dos povos à autodeterminação e à independência, igualdade entre os Estados, solução pacífica dos conflitos internacionais, não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.

Depois, no art. 16º, nº 2, estatui que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. E esta é um complexo de princípios de Direito internacional.¹⁶

Mais à frente, no art. 29º, nº 2, admite a punição, nos limites da lei interna, de acção ou omissão que, no momento da sua prática, seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de Direito internacional comumente reconhecidos.

14 Mas encontra-se a afirmação da supremacia do Direito internacional geral ou comum sobre as leis na Constituição alemã (citado art. 25º) e do Direito convencional sobre as leis nas Constituições francesa (art. 55º), grega (art. 28º, § 1º), búlgara (art. 5º, nº 4), caboverdiana (art. 11º, nº 4), ou russa (art. 15º, nº 4).

Na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos prevalece a lei posterior, embora haja a presunção de que nem o Parlamento, nem o Congresso quererão infringir o Direito internacional, razão pela qual qualquer diploma não deverá ser interpretada nesse sentido, a menos que a conclusão contrária seja irrecusável (J. L. BRIERLY, *The Law of Nations*, 1963, trad., *Direito Internacional*, Lisboa, 1965, pág. 88).

Para uma visão comparativa, *cf.* RUI DE MOURA RAMOS, *op. cit., loc. cit.*, págs. 131 e segs. 15 No sentido da supremacia da Constituição em geral, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *O Direito internacional ...*, cit., *loc. cit.*, pág. 41; RUI DE MOURA RAMOS, *op. cit.*, págs. 144 e segs.; MOTA CAMPOS, *As relações ...*, cit., págs. 78 e 79, e *Direito Comunitário*, II, cit., págs. 387 e segs.; SILVA CUNHA, *op. cit.*, I, pág. 96; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 85 e segs.

II. Todos estes princípios assumem, assim, valor de princípios constitucionais? Ou não terão, porventura até, força supraconstitucional?

Importa distinguir, porque são distintas, a sua função e a sua consistência jurídica.

Os princípios consignados no art. 7º, nº 1 correspondem a princípios de *jus cogens*, como logo se reconhece; e correspondem-lhes também, na Declaração Universal, o princípio da igualdade e da dignidade de todos os seres humanos (arts. 1º, 2º, 3º e 7º) e o da proibição da escravatura e da atribuição universal de personalidade jurídica (arts. 4º e 6º).

Como princípio de *jus cogens*, são estruturantes da comunidade internacional e não podem, por isso, deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade. Exprimindo a consciência jurídica universal, não menos exprimem a consciência jurídica do povo português,¹⁷ hoje. Ainda que o art. 7º não os contivesse, nunca o poder constituinte estaria habilitado a contrariá-los ou a subvertê-los.

No que tange aos princípios enunciados na Declaração Universal e que não pertencem (ou não pertencem por enquanto) ao *jus cogens*, esses têm valor constitucional, por virtude da recepção formal operada pelo art. 16º, nº 2.^{18/19}

Quanto aos princípios referidos no art. 29º, nº 2, eles fazem corpo com a lei (conforme aí se diz) e, portanto, não podem ultrapassar os quadros do Direito ordinário.²⁰

III. A respeito dos restantes princípios de Direito internacional geral ou comum hesitamos entre reconhecer-lhes grau idêntico ao das normas constitucionais ou grau infraconstitucional, conquanto supralegal.

Qualquer das qualificações se afigura compatível com uma Constituição de vocação uni-

16 Cfr: o nosso *Direito Internacional Público* - I, Lisboa, 1995, págs. 312 e segs., e autores citados.

17 Cfr: GIUSEPPE SPERDUTI, *Le principe de la souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, in *Recueil des Cours*, 1976, V, págs. 399 e segs.

18 Cfr: nosso *Manual de Direito Constitucional*, II, 3ª ed., Coimbra, 1991, págs. 37 e segs.

19 Como se nota, alteramos em parte o nosso pensamento acerca da Declaração Universal (em confronto com o que escrevemos em *Manual ...*, II, cit., págs. 39 e 40). E acrescentamos aos limites heterónomos do poder constituinte (*ibidem*, págs. 108 e 109) as normas de *jus cogens*.

Continuamos, contudo, a não aceitar as opiniões de AFONSO QUEIRÓ (*Lições ...*, cit., págs. 325-326) e de PAULO OTERO (*Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais*, in *O Direito*, 1990, págs. 603 e segs., *maxime* 605, 609-610 e 612) que atribuem, à Declaração Universal, em globo, valor supraconstitucional.

Continuamos a pensar que, salvo naquilo que é já *jus cogens*, se, por hipótese, alguma norma constitucional originária (não uma norma criada por revisão constitucional) contrariar a Declaração Universal, então isso apenas significará que aí não funcionará a recepção aberta pelo art. 16º, nº 2 da Constituição.

20 Cfr: JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *A lei penal na Constituição*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, II, Lisboa, 1978, págs. 242 e 243; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*,

versalista como a portuguesa e o problema não oferece interesse prático por não ser concebível um juízo de inconstitucionalidade sobre esses princípios.^{21/22}

Há quem pergunte que sentido teria afirmar que determinadas normas ou princípios se impõem a todos os Estados se depois se vem a admitir que a Constituição pode infringir tais normas ou princípios.²³ Ou quem chegue a sustentar que todo o Direito internacional geral ou comum é essencialmente *jus cogen*.²⁴ Mas a isso pode responder-se com os próprios arts. 53º e 64º da Convenção de Viena, os quais *a contrario* levam a supor que nem todas as normas de Direito internacional geral ou comum cabem no *jus cogens*.

4. NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL E NORMAS CONSTITUCIONAIS

Não parece justificarem-se quaisquer dúvidas sobre o modo como no Direito português se posicionam as normas constantes de tratados internacionais perante a Constituição: posicionam-se numa relação de subordinação.

Para lá de todos os argumentos de carácter geral que possam ser retirados do princípio da soberania ou da independência nacional [preâmbulo e arts. 1º e 9º, alínea a)] ou do princípio do Estado de Direito [preâmbulo e arts. 2º e 9º, alínea b)], bastaria lembrar a sujeição de tais normas à fiscalização da constitucionalidade, se bem que com especialidades significativas (arts. 277º, nº 2, 278º, nº 1, 279º, nº 4 e 280º, nº 3).^{25/26}

pág. 194.

21 Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 984 (embora, a pág. 85, pareçam aceitar a inconstitucionalidade de normas de Direito internacional geral).

22 A favor da infraconstitucionalidade, PAULO OTERO, *A Autoridade Internacional de Fundos Marítimos*, Lisboa, 1988, pág. 177; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Relações entre o direito internacional e o direito interno*, in *Direito e Justiça*, 1989-1990, pág. 170.

23 AZEVEDO SOARES, *op. cit.*, págs. 94 e segs.; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, págs. 116 e segs.

24 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *ibidem*. Estes Autores entendem ainda que o art. 16º atribui implicitamente grau supraconstitucional ao Direito internacional dos direitos do homem. Só que não se descortina como pode um *preceito da Constituição* conferir a qualquer norma uma força jurídica superior àquela que possui.

25 No mesmo sentido, RUI DE MOURA RAMOS, *op. cit., loc. cit.*, págs. 144 e segs.; AZEVEDO SOARES, *op. cit.*, págs. 100-101; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit., loc. cit.*, pág. 172; MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, II, cit., págs. 384 e 387 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 85-86; MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit., loc. cit.*, pág. 696.

Diversamente, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, págs. 121 e segs., para quem o Direito internacional convencional geral ou comum (à face do art. 8º, nº 1), o Direito internacional dos direitos do homem (à luz do art. 16º) e o Direito comunitário originário primam sobre a Constituição, embora não o demais Direito convencional (e estando por isto o Estado português constituído em responsabilidade internacional, enquanto se mantiver o actual sistema de fiscalização da constitucionalidade).

26 É esta a solução generalizadamente acolhida em quase todos os países. Apenas a Constituição holandesa admite a supremacia dos tratados sobre as normas constitucionais, quando aprovados por maioria

Bastaria ainda lembrar, no que se refere a um tratado como o de Maastricht, de 1992 - dito "Tratado da União Europeia"- a necessidade de se proceder a prévia revisão constitucional para ele poder ser aprovado.²⁷ Se este tratado valesse (ou valesse desde logo) como base de um novo e superior Direito, ele vincularia os Estados, e entraria em vigor independentemente disso e, depois, seriam as normas constitucionais desconformes que seriam tidas por ineficazes ou por revogadas; ora, não foi isso que aconteceu.²⁸

5. NORMAS DE DIREITO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E NORMAS CONSTITUCIONAIS

I. Se o Direito internacional convencional se queda num plano inferior ao da Constituição, então o Direito próprio das organizações internacionais, o qual assenta nos tratados constitutivos destas organizações, também há-de, logicamente, assim situar-se.

Objectar-se-á em contrário que as coisas não são tão simples, porque não pode obliterar-se a dinâmica inerente a certas organizações, a relativa autonomia que adquirem em face dos momentos e actos fundadores. Mas vida institucional própria não implica transformação em realidade diferente com apagamento das Constituições dos Estados. Mesmo nas Nações Unidas a vinculatividade incondicionada das suas decisões sobre ameaça à paz, ruptura da paz ou agressão é excepcional e dirigida às relações internacionais.

II. O problema tem-se posto com particularíssima acuidade diante das Comunidades Europeias, cujo Tribunal de Justiça tem vindo, ao longo dos anos, a elaborar toda uma construção completa e ousada de primado do seu Direito sobre o Direito interno, incluindo o Direito constitucional.

Eis algumas das suas proposições:

“O recurso às regras ou noções jurídicas do Direito nacional para julgar da validade dos actos emanados das instituições da Comunidade teria por efeito atentar contra a unidade e a eficácia do Direito comunitário”;

“A proeminência do Direito comunitário é confirmada pelo art. 189º (do tratado de Roma), nos termos do qual os regulamentos têm valor obrigatório e são directamente aplicáveis em qualquer Estado membro”;

“A esse Direito não poderiam, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras do Direito nacional, fossem elas quais fossem, sob pena de se perder o seu carácter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade”.²⁹

de dois terços pelo Parlamento (art. 91º, nº 3).

27 Tal como noutros países.

28 Nosso *Manual ...*, III, 3ª ed., Coimbra, 1994, págs. 195-196.

29 V. a referência aos acórdãos mais importantes em MOTA CAMPOS, *op. cit.*, págs. 321 e segs. ou

III. Entre nós, é largamente dominante a tese da supremacia da Constituição sobre o Direito comunitário e deste sobre a lei,³⁰ embora também haja quem defenda o valor supraconstitucional desse Direito.

Segundo os Autores que propugnam a supremacia do Direito comunitário (ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS), para que este Direito vigore na ordem interna dos Estados membros e prime sobre todo o Direito estadual não é necessário que a Constituição o diga: quando um Estado adere às Comunidades aceita implicitamente a sua ordem jurídica com todas as suas características essenciais - com todos os seus atributos próprios - e o primado é o primeiro deles.³¹

O disposto no art. 8º, nº 3, acrescentam, deve pravelecer sobre os arts. 207º e 277º, nº 1 da Constituição, já que está colocado na parte da Constituição dedicada aos “Princípios Fundamentais”.³²

IV. Não negamos a conveniência e até a “exigência estrutural” de uma interpretação e uma aplicação uniformes do Direito comunitário no interior de todos os países pertencentes às Comundiades Europeias. Julgamos, no entanto, que o Tribunal de Justiça tem ido longe demais no seu zelo integracionista.³³

A construção produzida pelo Tribunal (mau-grado o seu apuramento técnico) não decorre do sentido básico, de grande originalidade, do Tratado de Roma. Proveniente de juízes sem legitimidade democrática, não espelha a vontade comum dos Parlamentos dos Estados membros. Conduz a resultados inadmissíveis tanto no contexto daquele tratado como no do próprio Tratado de Maastricht.³⁴

em MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit., loc. cit.*, págs. 670 e segs.

30 No sentido também da supremacia do princípio da constitucionalidade, CASEIRO ALVES, *Sobre o possível “efeito directo” das directivas comunitárias*, in *Revista de Direito e Economia*, nº 9, 1983, pág. 214, nota; ANTÓNIO VITORINO, *op. cit.*, págs. 56-57; MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág. 101; AZEVEDO SOARES, *op. cit.*, págs. 101 e segs.; JOÃO CAUPERS, *op. cit.*, págs. 171-172; CARLOS BOTELHO MONIZ e PAULO MOURA PINHEIRO, *op. cit., loc. cit.*, pág. 140; MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, II, *cit.*, págs. 392 e 393; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 90-91 e 984; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 1993, págs. 903 e segs.; MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit., loc. cit.*, pág. 698 e segs.

De certo modo, no sentido da paridade das normas constitucionais e das normas comunitárias, não podendo estas afectar direitos fundamentais dos cidadãos, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pág. 76.

31 ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pág. 130.

32 *Ibidem*, pág. 136. Não obstante, estes Autores reconhecem que, como o Direito comunitário ainda não é um Direito federal, a sanção para a violação do primado se situa no plano da eficácia, e não no da validade da norma estadual (pág. 142).

33 Assim, PAULO DE PITTA E CUNHA, *A lógica integracionista e a supremacia do ordenamento comunitário*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1984, págs. 260-261,

34 *Cfr.*, em termos problemáticos, diferentemente, RUI DE MOURA RAMOS, *Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária*, in *Legislação*, nº 415. Abril-Dezembro

Como tem sido muitas vezes sublinhado, há aí uma contradição inultrapassável com os alicerces políticos das Comunidades. Estas apelam aos princípios democráticos e ao respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos. Ora, não é num Estado democrático a Constituição a máxima expressão da vontade popular, manifestada por assembleia constituinte ou por referendo? Como conceber então que a ela se sobreponha uma norma proveniente de órgãos sem base democrática imediata (o Conselho e a Comissão)? Como conceber que às democráticas Constituições dos países europeus se sobreponha uma norma burocrática e tecnocrática como a que desses órgãos dimana?

Aliás, no concernente aos direitos fundamentais bem pode dizer-se que é o próprio Tratado de Maastricht que acolhe, senão a supremacia, pelo menos, a recepção formal das normas constitucionais - ao proclamar que a União respeita os direitos fundamentais ... *tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros*.³⁵

Sem olvidar o postulado da unidade do Direito comunitário, tem, pois, de se procurar soluções de equilíbrio com as Constituições nacionais, soluções de harmonização e concordância prática. Isso mesmo têm vindo a fazer, com acentos diversos e êxito variável, os Tribunais Constitucionais alemão e italiano e o Conselho Constitucional francês, com o apoio crítico da doutrina especializada.³⁶ E na doutrina portuguesa também vão aparecendo tentativas orientadas nesse rumo.

Não é preciso destruir a função da Constituição para aceitar um princípio de cooperação entre ordens jurídicas.³⁷ À visão monista de supremacia-subordinação pode contrapor-se a ideia de uma repartição material de competências: à “competência das competências” dos Estados são subtraídas, por vontade destes, competências fundamentalmente em matérias económicas *lato sensu*.³⁸ A relação entre o Direito comunitário e os Direitos nacionais constrói-se com base nos princípios da atribuição de competências e da colaboração ou complementaridade funcional de ordenamentos autónomos e distintos.³⁹

de 1995, págs. 112 e segs.

35 Cfr., de certo modo, LOUREIRO BASTOS, *A União Europeia - Fins, Objectivos e Estrutura Básica*, Lisboa, 1993, págs. 50 e 51.

36 Cfr. NUNO PIÇARRA, *op. cit.*, págs. 27 e segs.; MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, II, *cit.*, págs. 357 e segs.; MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit., loc. cit.*, págs. 675 e segs. E ainda, entre tantos, *La Corte Costituzionale tra Diritto Interno e Diritto Comunitario*, obra colectiva, Milão, 1991; ARACELI MANGAS MARTIN, *La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, 2, págs. 587 e segs.; FRANÇOIS HERVOUËT, *Politiques jurisprudentielles de la Cour de Justice et des Jurisdictions Nationales - Réception du droit communautaire par le droit interne*, in *Revue du droit public*, 1992, págs. 1257 e segs.; FEDERICO SORRENTINO, *Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?*, in *Politica del Diritto*, 1994, n° 2, págs. 189 e segs.

37 CRUZ VILAÇA, *Droit Constitutionnel et Droit Communautaire - Le cas portugais*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1991, pág. 303.

38 NUNO PIÇARRA, *op. cit., loc. cit.*, págs. 81 e 82.

39 MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit., loc. cit.*, págs. 689-690. Fala em “coabitação necessária”

Poderá, por conseguinte, justificar-se alguma contenção -como temos sugerido⁴⁰- no funcionamento dos mecanismos de fiscalização instituídos pelos arts. 207º e 280º e segs., embora nunca a pretexto de uma pretensa prioridade do art. 8º, nº 3. Este não incorpora um princípio fundamental da Constituição; princípio fundamental é, sim, o princípio da constitucionalidade, declarado no art. 3º, nºs 2 e 3.⁴¹

O princípio da repartição material de competências, concretizado nas cláusulas implícitas ou explícitas de limitação da soberania, é suficiente para justificar a não fiscalização da constitucionalidade das normas comunitárias, salvo naqueles casos em que se trata de garantir o núcleo essencial da Constituição, insusceptível, por natureza, de integrar o âmbito da delegação de competências pacticiamente definido. Não se trata de conferir à norma comunitária um valor supraconstitucional, insuperavelmente contraditório com a própria ideia de Constituição.⁴²

V. Problema colateral a este é o que se reporta à eventual contradição entre norma criada por uma organização internacional e norma de Direito internacional geral ou comum ou norma de Direito internacional convencional.

Nenhuma dúvida há-de subsistir quanto à preferência então de norma de Direito internacional geral ou comum ou da norma constante de tratado constitutivo da própria organização ou de tratado de que ela seja parte.

Ao invés, entre norma derivada da organização e norma constante de tratado de que seja parte apenas o Estado em que surja a questão, deve prevalecer a primeira. Aqui antolha-se inelutável o corolário da integração nessa organização: se certo Estado se tornou seu membro, não pode invocar tal tratado para deixar de cumprir uma norma que, em última análise, se funda no tratado constitutivo da organização.⁴³

6. NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E NORMAS DE DIREITO ORDINÁRIO

I. Ninguém contesta hoje que tanto as normas de Direito internacional geral ou comum quanto as de Direito derivado de organizações internacionais, *maxime* as de Direito comunitário primam sobre as normas de Direito ordinário português, *anteriores ou posteriores*.

Tão pouco seria fácil negar que o Direito internacional convencional posterior deve pre-

(págs. 685 e segs.).

40 *Manual ...*, II, *cit.*, pág. 424. *Cfr.* também ANTÓNIO VITORINO, *op. cit.*, págs. 56 e segs.; CA-SEIRO ALVES, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 214-215, nota.

41 *Manual ...*, II, *cit.*, págs. 231 e 232.

42 MARIA LUISA DUARTE, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 704.

valecer sobre o Direito ordinário português *anterior*.

Algumas dificuldades só podem ter que ver com a relação entre Direito internacional convencional anterior e Direito ordinário *posterior*, ainda que também aqui a larga maioria da doutrina se pronuncie a favor da supremacia e, portanto, da inderrogabilidade do primeiro.⁴⁴

II. Sempre temos defendido e continuamos a defender que todas as normas internacionais vinculativas de Portugal prevalecem sobre as normas legais, sejam anteriores ou posteriores.⁴⁵

E isso por vários motivos:

1º) Pelo princípio geral de Direito segundo o qual alguém que se vincule perante outrem (no caso, por meio de tratado) não pode depois, por acto unilateral (no caso, por meio de lei), eximir-se ao cumprimento daquilo a que se tenha obrigado;

2º) Pela conveniência ou interesse fundamental de harmonização da ordem interna e da ordem internacional que só dessa forma se consegue;

3º) Pela lógica da recepção automática, que ficaria frustrada se o Estado, em vez de denunciar certa convenção internacional, viesse, por lei, dispor em contrário;

4º) Pela prescrição do art. 8º, nº 2 de que os tratados vigoram na ordem interna “enquanto vincularem *internacionalmente* o Estado português”;

5º) Embora só complementarmente, pela colocação, no art. 122º, nº 1, das convenções internacionais imediatamente depois das leis constitucionais, e antes dos actos legislativos (e o

43 Cfr. AZEVEDO SOARES, *op. cit.*, pág. 104.

44 Assim, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, 1976, pág. 89; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, cit., pág. 330 e *Fontes ...*, cit., loc. cit., pág. 21; RUI MOURA RAMOS, *A Convenção ...*, cit., loc. cit., págs. 144 e segs.; JORGE CAMPINOS, *O Direito Internacional dos Direitos do Homem*, Coimbra, 1984, págs. 19-20; MARQUES GUEDES, *Direito Internacional Público*, Lisboa, 1985, págs. 139 e 140; MOTA CAMPOS, *As Relações ...*, cit., págs. 75 e segs.; AZEVEDO SOARES, *op. cit.*, págs. 99 e 100; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, loc. cit., pág. 172; CARDOSO DA COSTA, *A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais*, Lisboa, 1990, pag. 27; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 86-87.

Diversamente, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *O Direito Internacional ...*, cit., loc. cit., pág. 40; BARBOSA DE MELO, *A preferência da lei posterior em conflito com normas convencionais recebidas na ordem interna ao abrigo do nº 2 do art. 8º da Constituição*, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1984, tomo 4, págs. 13 e segs.; PAULO OTERO, *A Autoridade ...*, cit., págs. 178 e segs.; SILVA CUNHA, *op. cit.*, I, págs. 98 e segs. (põe em causa até a supremacia do Direito internacional comum sobre a lei interna).

Posição especial é a de RUI MEDEIROS (*op. cit.*, loc. cit., págs. 360 e segs.), para quem o tratado (solene) prevalece sobre a lei ordinária, mas esta prevalece sobre o acordo em forma simplificada, e para quem a lei orgânica (art. 169º, nº 2 da Constituição) se encontra a par do tratado. Mas julgamos excessivas as ilações que tira de categorias jurídico-internacionais ou jurídico-constitucionais tão fluidas como os acordos e as leis orgânicas.

45 V. a *Constituição de 1976 ...*, pág. 301. E à face da Constituição de 1933, *Decreto*, Coimbra, 1974,

mesmo ocorre no art. 280º, nº 3 e, quanto aos tratados solenes, no art. 278º, nº 1).

7. REGIME DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS INTERNACIONAIS

I. Do primado das normas constitucionais relativamente às normas convencionais e derivadas de organizações internacionais decorre a inconstitucionalidade destas quando desconformes. Mas importa precisar o que isto significa.

A Constituição rege os comportamentos dos órgãos do poder que se movam no âmbito do Direito interno e, por conseguinte, todos os seus actos, quanto a todos os seus pressupostos, elementos, requisitos, têm de ser conformes com ela. Aí se incluem actos de Direito interno que correspondam a fases do processo de vinculação internacional do Estado (como a aprovação de tratados), os quais podem, pois, ser inconstitucionais ou não.

Ao invés, os actos que decorram na órbita do Direito internacional não são, enquanto tais, susceptíveis de inconstitucionalidade. Susceptíveis de inconstitucionalidade são, sim, os conteúdos desses comportamentos enquanto deles se desprendam, quer tomados em si mesmos (inconstitucionalidade material), quer tomados em conexão com os actos de Direito interno atinentes à vinculação do Estado e, assim, de certa maneira ainda à sua produção (inconstitucionalidade orgânica e inconstitucionalidade formal).

Daí, por outro lado, que um eventual juízo de inconstitucionalidade de normas jurídico-internacionais se limite à ordem interna do Estado cujos órgãos de fiscalização o emitam, e não para além dele⁴⁶ - o que, sendo inteiramente lógico, levanta delicados problemas.

II. Se nenhum preceito específico da nossa Constituição se ocupa da inconstitucionalidade material de normas internacionais, da inconstitucionalidade orgânica e da formal cuida o art. 277º, nº 2, estabelecendo que “a inconstitucionalidade orgânica e formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de ums disposição fundamental”.^{47/48}

Reconhece-se, à vista desarmada, alguma proximidade do art. 46º da Convenção de Vie-

pág. 107.

46 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 91.

47 No texto anterior a 1982 o problema era objecto do art. 280º, nº 3, de formulação bastante diferente e deficiente; *cf.* a crítica de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *O Direito Internacional ...*, *cit.*, *loc. cit.*, pág. 43.

48 Sobre o art. 277º, nº 2, *cf.* MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, Lisboa, 1988, págs. 273 e segs.; RUI MEDEIROS, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 368, 370 e 371; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O valor positivo do acto inconstitucional*, Lisboa, 1992, págs. 49 e segs.; ANTÓNIO DE ARAÚJO, *Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno - Limitação dos Efeitos do Juízo de Inconstitucionalidade (a norma do art. 277º, nº 2 da Constituição)*, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, obra colectiva, Lisboa, 1993, págs. 18 e segs.; GOMES CANOTI-

na de 1969: tal como ele, pretende-se assegurar a vigência interna de tratados. Só não se vê bem por que se restringe o alcance da norma aos tratados solenes (únicos que são ratificados), em vez de se dirigir também aos acordos em forma simplificada;⁴⁹ e será sob este aspecto, mais do que sob qualquer outro, que poderá registar-se discrepância e tre os dois textos.

III. Quanto a saber o que seja “violação de disposição fundamental” -de disposição de competência e de forma, não de fundo (insista-se)- tal tem de se procurar no contexto da Constituição ou dos grandes princípios político-constitucionais, sem nunca perder de vista o objectivo de aproveitamento de tratados regularmente ratificados.

Nesta óptica, parecem caber na previsão do art. 277º, nº 2 três hipóteses:

a) Incompetência absoluta, por aprovação de tratado por órgão sem competência de aprovação de tratados internacionais (v.g., pelo Presidente da República, ou por um Ministro, ou por uma Assembleia Legislativa Regional);

b) Incompetência relativa, por aprovação pelo Governo de qualquer tratado político das categorias indicadas na 2ª parte do art. 164º, alínea j) da Constituição (tratados de participação em organizações internacionais, de amizade, de paz, de defesa, de rectificação de fronteiras e respeitantes a assuntos militares);

c) Inexistência jurídica da deliberação da Assembleia da República, por falta de *quorum* ou de maioria de aprovação (art. 119º, nºs 2 e 3).

Outras hipóteses (como a falta de participação de órgãos das regiões autónomas em tratados que lhes digam respeito ou a ratificação de tratado objecto de pronúncia de inconstitucionalidade sem ter havido confirmação da Assembleia, nos termos do art. 279º, nº 4) não correspondem, manifestamente, a violação de disposição fundamental.⁵⁰

IV. O art. 277º, nº 2 não afecta a fiscalização preventiva da constitucionalidade de tratados; apenas afecta -limitando-a no seu alcance- a fiscalização sucessiva.

E justificar-se-á mesmo *de jure condendo* a existência em geral de fiscalização sucessiva -abstracta e concreta (arts. 281º e 280º)- da constitucionalidade de normas de tratados? Não compromete a confiança nas relações internacionais a possibilidade de um Estado dizer-se não

LHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 998 e 999.

49 Aqui, o antigo art. 280º, nº 3 era preferível. RUI MEDEIROS (*op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 370) fala num estatuto menos protegido dos acordos, mas a explicação não é convincente.

50 A admitir-se inconstitucionalidade por falta de participação de órgãos regionais, uma eventual declaração não poderia nunca circunscrever-se à região autónoma afectada. Teria de atingir todo o território

vinculado ou desvinculado a pretexto de contradição com a sua Constituição? Não será por causa disso que o sistema de controlo quase não tem funcionado?⁵¹ Não seria melhor reduzir tudo à fiscalização preventiva, eventualmente obrigatória?^{52/53}

Fica posto o problema. Hesitamos bastante na resposta que seja mais adequada.

V. Finalmente, quanto a normas dimanadas de órgãos próprios de organizações internacionais de que Portugal seja parte, não se põe nenhum problema de constitucionalidade dos actos de produção - pois que nenhum órgão da República Portuguesa interfere aí; e, por isso mesmo, tão pouco há lugar a fiscalização preventiva. Qualquer problema, a suscitar-se, será somente de conformidade material dessas normas com a Constituição.

do Estado, porque só ele é sujeito de Direito internacional.

51 Na verdade, até agora o Tribunal Constitucional apenas, por duas vezes, foi chamado a ajuizar da constitucionalidade das normas internacionais: v. acórdãos nº 32/88, de 27 de Janeiro de 1988 (in *Diário da República*, II Série, nº 86, de 13 de Abril de 1988) e nº 168/88, de 13 de Julho de 1988 (*ibidem*, I Série, nº 235, de 11 de Outubro de 1988).

No primeiro acórdão, o Tribunal considerou -e bem- que as resoluções e os decretos de aprovação de convenções internacionais não são actos normativos para efeito de apreciação da constitucionalidade. Só os tratados e acordos o são, mas apenas podem ser apreciados depois de concluído o respectivo processo de vinculação do Estado (com publicitação do instrumento de ratificação, se forem tratados solenes) - o que não se verificava no caso, pelo que o Tribunal não conheceu do pedido.

No segundo acórdão, estavam em causa quatro acordos de Portugal com os Estados Unidos sobre questões de defesa, sendo dois deles acordos por troca de notas, e invocavam-se fundamentos materiais (violação do princípio da independência nacional) e razões formais (não observância da forma de tratado solene).

O Tribunal só tomou, porém, em conta, as razões formais e só declarou inconstitucional um dos acordos celebrados por troca de notas. Quanto ao outro -aliás, mais importante (acrescente-se), porque relativo à extensão até 1991 das facilidades concedidas nos Açores às Forças Armadas dos Estados Unidos, com base no tratado de defesa de 1951- o Tribunal decidiu não se pronunciar, considerando que tinha havido a sua recepção material pelo acordo técnico a respeito da sua execução, o qual fora posteriormente aprovado pela Assembleia da República.

Não aplaudimos a tese assim expendida. Para nós, não é concebível essa pretensa recepção material, até porque os dois acordos foram concluídos em momentos diferentes. Além disso, mesmo que fosse vontade política da Assembleia, aquando da aprovação do acordo técnico, aprovar também o acordo sobre as facilidades militares dos Estados Unidos nos Açores, ela não tinha poder para tal: o Parlamento não era competente para decidir (muito menos, retroactivamente) sobre a validade jurídica desse acto.

Neste segundo acórdão, o Tribunal debruçou-se ainda sobre uma questão prévia: saber se os tratados-contratos (como seriam os acordos em apreço) estavam sujeitos ao seu controlo. E respondeu afirmativamente, não só por julgar ultrapassada e de difícil concretização na prática a dicotomia tradicional de tratados-leis e tratados-contratos mas também por (na esteira da sua jurisprudência) tomar norma num sentido funcional, e não necessariamente no sentido de regra geral e abstracta.

52 Assim, MOTA CAMPOS, em crítica ao regime actual quer de fiscalização sucessiva quer de fiscalização preventiva das normas internacionais (*As Relações ... cit.*, págs. 81 e segs., 116 e 209 e segs.; *Diário Comunitário*, II, *cit.*, págs. 390 e 391).

Diversamente, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*op. cit.*, pág. 86), para quem de duas, uma: ou o Estado se desvincula, podendo, da convenção em causa; ou altera a Constituição em sentido conforme às obrigações internacionais.

53 No projecto de revisão constitucional 1/V (de Deputados do Centro Democrático Social) propôs-se o aditamento de um nº 2 ao art. 207º da Constituição, vedando aos tribunais recusar a aplicação de nor-

Contudo, no tocante ao Direito comunitário,⁵⁴ pode sugerir-se, na esteira do que há pouco salientámos, uma via média: exercício de fiscalização para defesa dos valores básicos da Constituição (*maxime* os direitos fundamentais e, em geral, os princípios correspondentes aos limites materiais do art. 288º) e adopção para o resto de algo de semelhante ao disposto no art. 277º, nº 2, com a consequente mera irregularidade aqui de eventual contradição.⁵⁵ Somente é duvidoso que esta fórmula possa realizar-se sem prévia revisão constitucional.

O que se afiguraria menos aceitável, embora aliciante, seria convolar a questão de inconstitucionalidade suscitada em qualquer tribunal em questão prejudicial de validade jurídico-comunitária, funcionando então o Tribunal de Justiça das Comunidades como *juiz legal* para efeito do art. 177º do Tratado de Roma.⁵⁶ Além de não ter, neste momento, nenhum apoio de preceito positivo, poderia traduzir-se, em última análise, numa absorção do Direito constitucional pelo Direito comunitário.

VI. Problemática bem diferente vem a ser a da fiscalização da constitucionalidade de leis *internas* de transposição de directivas comunitárias.

Evidentemente, nada pode impedir essa fiscalização nos moldes gerais.

8. REGIME DA DESCONFORMIDADE DE LEI COM NORMAS INTERNACIONAIS

I. Afirmada a prevalência das normas de Direito internacional sobre as leis internas, que sucede quando ocorre desconformidade?

Na hipótese de infracções de princípios da Declaração Universal, trata-se de inconstitucionalidade por causa da recepção operada pelo art. 16º, nº 2 da Constituição.⁵⁷ As dúvidas surgem a propósito da contradição entre lei e tratado.

mas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas pelo Estado Português.

54 Até agora não houve nenhuma questão de inconstitucionalidade de normas comunitárias submetida ao Tribunal Constitucional. No acórdão nº 184/89, de 1 de Fevereiro de 1989 (in *Diário da República*, I Série, nº 57, de 9 de Março de 1989), o Tribunal moveu-se em zonas de fronteira, mas o que teve de apreciar foi um regulamento interno português, o regulamento de aplicação ao território nacional do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional anexo à Resolução do Conselho de Ministros nº 44/86, de 5 de Junho.

55 V. já *Manual ...*, II, *cit.*, pág. 424; e *Direito Internacional Público - I*, 1ª versão, 1991, pág. 255. Cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 704-705, que, além dos direitos fundamentais, considera a separação de poderes, o princípio de legalidade e o princípio de independência nacional.

56 NUNO PIÇARRA, *op. cit.*, págs. 77 e segs., *maxime* 90 e 94 e segs. (em coerência, aliás, com a tese que alvitra sobre as relações entre Direito comunitário e Direito interno).

57 V. o acórdão nº 222/90 do Tribunal Constitucional, de 20 de Junho de 1990, in *Diário da Repúbli-*

A doutrina e a jurisprudência dividem-se na qualificação do fenómeno, ora como inconstitucionalidade, ora como ilegalidade *sui generis*.⁵⁸ E ela não é irrelevante no plano prático: se for inconstitucionalidade, aplicar-se-á *de pleno* o correspondente regime geral de fiscalização; se não for e se não for possível estender-lhe esse regime, haverá que procurar uma solução adequada.

II. Mantemos a opinião segundo a qual a desconformidade entre normas dos dois tipos não se reconduz a inconstitucionalidade.

Isso não somente em nome de uma determinada visão do sistema de normas e actos como ainda a partir de uma análise do próprio teor do fenómeno. Pois o que está em causa é, primariamente, a contradição entre duas normas não constitucionais, não é a contradição entre uma norma ordinária e uma norma constitucional; o art. 8º, nº 2 da Lei Fundamental não rege a relação ou a situação jurídica, ele encerra, sim, o princípio abstracto de adstrição das normas legais às normas convencionais; e é apenas por se dar tal contradição que, indirectamente (ou, porventura, consequentemente), se acaba por falar aqui em inconstitucionalidade indirecta.⁵⁹

Nem sequer se verifica inconstitucionalidade quando ocorra violação de um tratado relativo a direitos do homem (como a Convenção Europeia ou qualquer das grandes convenções das Nações Unidas). O art. 16º, nº 1 da Constituição contém uma cláusula aberta ou de não tipicidade de direitos fundamentais, mas não converte as normas para que remete em normas de valor constitucional.⁶⁰

III. O que se diz acerca da relação entre lei e tratado, vale outrossim para a contradição entre lei e Direito internacional geral ou comum ou entre lei e Direito das organizações internacionais. E, noutra instância, para a contradição entre norma constitucional e *jus cogens*.

ca, II Série, nº 215, de 17 de Setembro de 1990.

58 Cfr. BARBOSA DE MELO, *A preferência ..., cit., loc. cit.*; SIMÕES PATRÍCIO, *Conflito de lei interna com fontes internacionais: o artigo 4º do Decreto-lei nº 262/83*, Lisboa, 1984; MOTA CAMPOS, *Direito Comunitário*, II, *cit.*, pág. 385.

No Tribunal Constitucional, durante anos, uma das secções optou pela inconstitucionalidade (considerando-se, portanto, o Tribunal competente para dela conhecer), ao passo que a outra secção recusou-a (com a inerente consequência): v., por todos, de um lado, o Acórdão nº 27/84, de 21 de Março de 1984 (in *Diário da República*, II Série, nº 153, de 4 de Julho de 1984) e o Acórdão nº 409/87, de 21 de Outubro de 1987 (*ibidem*, nº 1, de 2 de Janeiro de 1988); e, de outro lado, o Acórdão nº 107/84, de 14 de Novembro de 1984 (*ibidem*, nº 41, de 18 de Fevereiro de 1985)].

No Acórdão nº 409/87 e noutros, o Tribunal, apreciando o fundo da questão, entendeu que não se verificava colisão de norma convencional em questão com a lei interna, porque aquela tinha caducado em virtude da cláusula *rebus sic stantibus*.

V. um resumo da questão no Acórdão nº 371/91, de 10 de Outubro de 1991, in *Diário da República*, II Série, nº 284, de 10 de Dezembro de 1991.

59 *Manual ..., II, cit.*, págs. 328 e 329.

60 Neste sentido, Acórdão nº 99/88 do Tribunal Constitucional, de 28 de Abril de 1988, in *Diário da*

IV. Do que precede não decorre, porém, uma insindicabilidade não consentida pelos princípios do Estado de Direito.

Pelo menos, sempre os tribunais, ao abrigo e nos termos da fiscalização difusa (art. 207º), podem e devem conhecer da contradição entre normas internas e normas convencionais (assim como entre normas internas e normas de Direito internacional geral ou comum). E, desde 1989, cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões de tribunais que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional [art. 70º, nº 1, alínea i)], da Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, na versão dada pela Lei nº 85/89, de 7 de Setembro).

O que não existe -porque não está previsto- é fiscalização abstracta, seja por iniciativa de certos órgãos ou de certas fracções de titulares de órgãos, seja a partir de três decisões concretas do Tribunal Constitucional (art. 281º).⁶¹

V. Quanto à eventual infracção de normas de Direito comunitário por lei interna, também os tribunais em geral são competentes para a apreciar e para não aplicar, em tal hipótese, a norma interna portuguesa. Não há, no entanto, recurso para o Tribunal Constitucional dessas decisões e a Lei nº 28/82 não o contempla. Na lógica do Direito comunitário, a haver recurso será para um tribunal das próprias Comunidades Europeias, por meio do chamado *reenvio prejudicial*.⁶² E solução análoga deverá ser dada à desconformidade entre norma de Direito comunitário derivado e norma de Direito comunitário originário.

9. AS CONSEQUÊNCIAS DA DESCONFORMIDADE

I. A desconformidade entre norma legal e norma constitucional determina *invalidade*. Diversamente, a desconformidade entre norma convencional e norma constitucional ou entre norma legal e norma convencional determina *ineficácia* jurídica.

A diferença promana de a Constituição ser o fundamento de validade da lei e dos demais

República, II Série, nº 193, de 22 de Agosto de 1988, pág. 7643.

⁶¹ Sobre os problemas que se suscitam à volta do art. 70º, nº 1, alínea i) da Lei nº 28/82, após 1989, v. *Manual ...*, II, *cit.*, págs. 408-409, nota.

⁶² Cfr. a intervenção do Deputado ANTÓNIO VITORINO aquando da 2ª revisão constitucional (in *Diário da Assembleia da República*, V legislatura, 1ª sessão legislativa, 2ª série, nº 55-RC, acta nº 53, reunião de 28 de Julho de 1988, pág. 1779); acórdão nº 163/90 do Tribunal Constitucional, de 23 de Maio de 1990, in *Diário da República*, II Série, nº 240, de 18 de Outubro de 1990; CRUZ VILAÇA, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 308 e segs.; MARIA LUÍSA DUARTE, *op. cit.*, pág. 701.

Naquele acórdão estava em causa a constitucionalidade de uma norma do Código de Processo Civil, mas os recorrentes tinham invocado também contradição com o art. 168º-A do tratado da C.E.E. Apesar de não apreciar esta questão (nem a podia apreciar), o Tribunal debruçou-se sobre o fenómeno do reen-

actos do Estado, das regiões autónomas e do poder local (como diz o seu art. 3º, nºs 2 e 3) e apenas limite de produção de efeitos das normas jurídico-internacionais. E tão pouco o tratado é fundamento de validade da lei, mas somente obstáculo à sua eficácia: o preceituado nele não afecta a norma legal na sua raiz (que, essa, se situa no sistema jurídico estadual), limita-se a impedir, enquanto vincular internacionalmente o Estado, que a lei produza os seus efeitos típicos.⁶³

Por isso mesmo ainda, se não pode nunca dar-se constitucionalização superveniente de norma legal em consequência de revisão constitucional,⁶⁴ já ela pode admitir-se relativamente a norma convencional; assim como pode admitir-se a legalização superveniente de norma legal por virtude de cesação de vigência ou de alteração de norma de Direito internacional com que estava em conflito.

II. Haverá repristinação em caso de inconstitucionalidade de norma convencional ou de *ilegalidade* de norma legal contrária a tratado?

A repristinação de lei anterior parece possível,⁶⁵ por tudo decorrer ainda no domínio do Direito português. Não, de jeito nenhum, a repristinação de tratado anterior a tratado inconstitucional: Portugal ou se considera vinculado por este tratado ou não; não pode ir buscar outro tratado à margem do consenso das outras partes.

vio prejudicial e admitiu que, se fosse necessário decidi-la, deveria também ele seguir esse mecanismo.

63 Cfr. o nosso *Decreto* (*cit.*, págs. 88 e 106 e segs.); ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *op. cit.*, pág. 123; e, sobretudo, MIGUEL GALVÃO TELES *Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa*, Lisboa, 1967, págs. 99 e segs., e *Inconstitucionalidade pretérita*, in *Nos Dez Anos da Constituição*, obra colectiva, Lisboa, 1987, pág. 328, nota.

Como escreve este Autor, a eficácia interna ds normas internacionais não se justifica por nenhum juízo sobre o seu conteúdo, mas pelo interesse do Esyado em harmonizar a sua ordem jurídica com o Direito das Gentes; e, sendo diferentes os fundamentos da eficácia na ordem estadual das fontes de origem interna e internacional, a vigência das normas provenientes de cada uma delas constitui apenas circunstância impeditiva de eficácia da outra.

Vale a pena ainda reler KELSEN, *La Garantie Juridictionnelle de la Constitution*, Paris, 1928, págs. 14 e segs.

64 V. *Manual ...*, II, *cit.*, pág. 277.

LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ, COMO DERECHO HUMANO

Luis Paulino Mora Mora^(*)

El hecho de que una de las personas más involucradas con el afianzamiento de los derechos humanos en el continente americano, no sólo por haber sido Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante varios períodos y su Presidente, sino también por haber dedicado gran parte de su vida profesional al estudio y difusión de aquéllos, deba dejar ahora la trinchera desde donde ha combatido los últimos años en pro del respeto de los derechos fundamentales de las personas, es propicio para participar junto con un importante grupo de estudiosos de los derechos del hombre, en este homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio, a quien con ello manifiesto mi agradecimiento por el trato preferente que siempre me ha deparado.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la independencia del juez como un derecho humano, al disponer en el artículo 8.1 que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, *independiente* e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.
2. ...

Nos hemos acostumbrado a visualizar esa independencia como una condición establecida en favor del juez, que puede motivar su apartamiento del conocimiento del caso, cuando es-

(*) Presidente de la Sala Constitucional. Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

time que no posee los requisitos necesarios para garantizar que no le motiva ninguna razón extra proceso para dar un trato privilegiado a algunas de las partes interesadas en el asunto sometido a su conocimiento, cuando en realidad se trata de un derecho de las partes para separar al juez natural del caso, cuando no constituya garantía suficiente de trato igual, sea cuando no tenga independencia para conocer del caso. En este ensayo me ocuparé por establecer cuáles son las circunstancias que deben ser tomadas en consideración para establecer si efectivamente un juez es independiente para conocer de un caso determinado y algunas de las que pueden afectar esa indispensable condición.

Al hablar de independencia del juez, es necesario también referirse a la independencia de los Organismos Judiciales, en una visión macro, pues siguiendo las teorías políticas que dividen la estructura del Estado en tres poderes, entre los que se distribuyen la soberanía, resulta necesario que para que cada uno de ellos pueda desempeñar la función que le está encomendada, según la distribución de competencias, sean independientes unos de otros. Al abordar este tema, en nuestro continente, acostumbramos hacerlo de primero respecto de la independencia económica; es indudable que este tema no es el que interesa por ahora, pero quiero hacer una muy breve referencia a él, pues en no pocos casos quienes tienen a su encargo la administración de los fondos del Estado estiman que cumplen con la justicia al suplirle fondos suficientes para cumplir con su cometido; o quienes nos desempeñamos en lo judicial estimamos que es el punto de partida del problema de la independencia del juez. Parto de la base de que para ser plenamente independiente un Órgano Judicial debe contar con independencia económica,¹ pero también reconozco que pueden existir jueces independientes -que en definitiva es lo que interesa- en sistemas judiciales no independientes económicamente. Creo que llegó la hora de que avancemos un poco -a nivel continental- en el análisis de la independencia del juez para que logremos establecer cuáles son las características que un juez debe reunir para ser independiente, exigencia ésta que se le impone, no para favorecerlo personalmente, sino para que pueda constituirse en el garante -en el defensor, puede decirse- de los derechos de los habitantes de un determinado territorio -en el que ejerce su jurisdicción-, pues si el juez no es la garantía de los derechos de las personas que a él recurren en demanda de justicia, no es nada.²

A quienes nos desempeñamos en la administración de justicia los años previos a la segunda guerra mundial nos deben haber dejado una dura experiencia, situación que también se dio en América en la primera mitad de este siglo, no sin amargos resultados. Al surgir regíme-

1 Varios son ya los países del Continente que tienen garantizada su independencia económica, siguiendo el criterio del constituyente costarricense al disponer en el artículo 177 (según reforma del 22 de mayo de 1957, por Ley número 2122, que al Poder Judicial corresponde el seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado, así: Bolivia, artículo 119; Brasil, artículo 99; El Salvador, artículo 172; Guatemala, artículo 213; Honduras, artículo 396; Panamá, artículo 211; Paraguay, artículo 249; Perú, artículo 238.

2 No sin cierto dolor debo reconocer que después de muchos años de respeto a la garantía sobre la independencia económica del Poder Judicial, establecida en el artículo 177 de la Constitución Política de Costa Rica, en el presupuesto para 1998, no fue reconocida esa suma, no obstante que la entrada en vigencia de un nuevo Código Procesal Penal el 1o. de enero de ese año, conlleva nuevas obligaciones económicas para el Poder Judicial.

nes autoritarios los jueces no supieron establecer -en ambas experiencias- cuál era su verdadera función dentro del sistema, o no tuvieron la valentía para hacerlo. Si teniéndose competencia para hacerlo, el juez no reconoce los derechos de los ciudadanos frente a los detentadores del poder, éstos de seguro se transformarán -con conocimiento y voluntad o sin ellas- en desconocedores de la voluntad popular y los excesos a que puedan llegar no dejan de ser responsabilidad -también- de los jueces.

Señalé que en esta América indiana nos hemos desgastado en el análisis de la independencia económica, con olvido del estudio detallado del cómo se logra que el juez sea independiente al resolver el caso concreto, para qué sirve esa independencia y hasta dónde debe llegar -si es que tiene límites- procuraré señalar algunos puntos de interés en relación con ello, con la pretensión de llamar la atención sobre el particular y hacer alguna luz en situaciones que deberían preocuparnos en el proceso de afianzamiento de la administración de justicia en que todos estamos, al estimar que constituye una de las bases del sistema democrático de gobierno. Para lo anterior tomaré en consideración la legislación constitucional centroamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

La independencia del Poder Judicial se encuentra garantizada constitucionalmente en la región centroamericana en todos los países (arts.: 9 y 154 en Costa Rica; 86 y 172 en El Salvador; 141 y 203 en Guatemala; 4 y 303 en Honduras; 129 y 165 en Nicaragua, y 2 y 207 en Panamá). También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, normativa de rango internacional de aplicación directa en nuestros países se refiere al tema, según ya fue señalado, en el artículo 8.1.

La independencia del Órgano Judicial se plantea hacia lo externo. El Órgano Judicial es independiente frente a los otros Poderes del Estado, no así el juez cuya independencia debe ser analizada de una forma más compleja. Pero cuando se asegura que un Poder Judicial es independiente, lo mismo se debe predicar de sus jueces, pues éstos son los que deben hacer realidad la función a aquél encomendada, a esta independencia es a la que me referiré de seguido.

III. LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ

Es mi criterio que la independencia que verdaderamente debe interesarnos -sin restarle importancia a la del Órgano Judicial- es la del juez, relacionada con el caso concreto, pues ella es la que funciona como garantía ciudadana, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La independencia efectiva del Judicial coadyuva a que los jueces que lo conforman también puedan serlo, pero bien puede darse que el Órgano como un todo tenga normativamente

garantizada su independencia, pero que sus miembros no sean independientes, por múltiples razones -me referiré a algunas de ellas-.

IV. LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ, INTERNA Y EXTERNAMENTE

La independencia del juez podemos visualizarla :

a.- internamente:

- i. frente a sus superiores.
- ii. frente a los órganos disciplinarios.
- iii. frente a la legislación.
- iv. frente a las partes.

b.- externamente:

- i. frente a los otros Poderes del Estado.
- ii. frente a los medios de información colectiva.
- iii. frente al conglomerado social.

a. *internamente:*

La independencia interna muy frecuentemente se da por descontada, pero la realidad nos marca una situación diferente, es ahí donde el juez ve vulnerada con marcada reiteración su independencia.

i. *frente a sus superiores*

En el ámbito latinoamericano existe la tradición de aceptar como válida y aún exigible la fiscalización de los superiores sobre la labor, que en lo judicial desempeñan los jueces de rango inferior, y el tratar de que los criterios de aquéllos sean los que informen la acción del “subalterno”.

Las “acordadas” de las Cortes Supremas, en las que se señala con carácter vinculante -o con pretensiones de ello en el mejor de los casos-, la forma en que deben ser interpretadas las leyes, son un claro ejemplo de la intervención de la jerarquía en la independencia del juez.

Solo basta revisar los pronunciamientos jurisdiccionales del tribunal que debe resolver sobre un recurso, cuando se separa del criterio del juez de instancia, para constatar cómo se pretende que este se limite a seguir el criterio que mantiene el superior en grado. “En forma reiterada este tribunal le ha indicado al juez de instancia que la norma a aplicar en el caso debe ser interpretada de la siguiente manera...”, es una fórmula que frecuentemente podemos encontrar en esos pronunciamientos, adicionada -también frecuentemente- con la amenaza de aplicar una sanción disciplinaria si en lo sucesivo “el inferior” no se amolda al criterio que se le señala.

El hecho de tener a su encargo las Cortes Supremas -la mayoría de las veces- el nombramiento o designación de los jueces, también es justificante para que el Magistrado se sienta autorizado para -fuera del caso concreto- ordenar, insinuar o tratar de convencer, para que el asunto se resuelva con aplicación de determinados criterios.

Es corriente que se nos visite, por parte de los involucrados en un determinado caso sometido a conocimiento de los jueces de instancias inferiores -como superiores en la jerarquía judicial- para solicitarnos intervenir ante esos jueces, al menos para que sean conscientes de que en determinado caso tenemos interés.

En todos los ejemplos expuestos, es mi criterio que la independencia del juez se ve afectada sustancialmente.

El hecho de que, generalmente, las Cortes tengan a su encargo el nombramiento de los jueces, posibilita la intervención -más o menos directa- de los Magistrados en la actividad de los jueces de inferior rango, circunstancia que recomienda la depuración de los sistemas de nombramiento, para que se realicen con mayor respeto a las calificaciones y antecedentes de los candidatos y al propio tiempo se brinde mayor estabilidad en el cargo; la aprobación de sistemas de carrera judicial puede ser una solución efectiva al problema.

ii. *frente a los órganos disciplinarios*

La organización judicial, es corriente que tenga establecido un sistema encargado de la disciplina de los funcionarios y empleados del Poder Judicial. Ello ya marca un avance notable en la situación imperante no hace muchas décadas -o años- en que las Cortes se encargaban de esa función, ya fuera al conocer de una queja planteada contra el funcionario, cuando debían resolver sobre el mantenimiento o cesación del servidor en el puesto, o simplemente al conocer de un recurso y constatar la “incompetencia” del juez para el ejercicio del cargo que se le confirió. Hasta hace pocos años, en Costa Rica, al ser el nombramiento de los jueces por período determinado, al vencerse éste era corriente que no fuera reelecto el juez que acostumbraba separarse del criterio que el superior le señalaba. También era corriente que -sin cumplirse plenamente con las formalidades propias del debido proceso- se prescindiera de los servicios de un funcionario o empleado, por queja en el desempeño de sus funciones, o simplemente se le separaba “para el mejor servicio público”. Pero el funcionamiento de esos órganos encargados de la disciplina puede también ser aprovechado para influir en el criterio de los jueces al resolver, cuando se encuentran legitimados para revisar -sin ser los encargados del conocimiento de los recursos- el fondo de los asuntos que conocen, es por ello que en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la última reforma general (Ley número 7333 de cinco de mayo de 1993), en el artículo 199 se dispuso, en relación con el proceso disciplinario a cargo del Tribunal de la Inspección Judicial: “Será rechazada de plano toda queja que se refiera exclusivamente a problemas de interpretación de normas jurídicas”.

Resulta válida y aún necesaria la fiscalización del desempeño del juez, pero necesariamente la forma en que se realice debe ser plenamente respetuosa de la independencia del juzgador.

Por principio el juez no puede ser sometido al régimen disciplinario en relación con lo resuelto en el caso concreto. Este sólo es posible de ser revisado por medio de los recursos legislativamente autorizados por ley aprobada con anterioridad a que el pronunciamiento se produzca. La capacidad o incapacidad profesional o intelectual del juez tampoco puede establecerse por lo resuelto en un caso. Cuando al juez se le sanciona por el dictado de una sentencia se desconoce su independencia y con ello una de las razones que la fundamentan, el constituirlo en una garantía frente a cualquier poder o persona que pueda desconocer los derechos de los ciudadanos. Si el juez al resolver debe de previo conocer los requerimientos de alguien que pueda sancionarlo o destituirlo por lo resuelto, ese juez no es independiente y en tal razón no forma parte de la estructura de un Estado de derecho, ni puede cumplir con el cometido que se le ha señalado a la justicia en ese Estado, la garantía de los derechos ciudadanos.

iii. *frente a la legislación*

La forma en que se legisle sobre la organización de los tribunales y el procedimiento a aplicar al administrar justicia en el caso concreto, inciden directamente en el reconocimiento de una mayor o menor independencia de los jueces.

Ya se indicó como los sistemas de nombramiento y de disciplinar al funcionariado judicial puede afectar esa independencia. La organización vertical del Poder Judicial también favorece la intervención sobre los jueces de rango inferior. En forma equivocada se estima que la existencia de los recursos conlleva a que los tribunales deban estar organizados verticalmente, sea con superiores que conozcan de esos recursos, cuando en realidad lo único que se pretende es establecer un sistema que pueda superar el error en que frecuentemente cae el ser humano³ -no debemos olvidar que aunque con una función de dioses, el juez es un ser humano y en tal razón falible-. La propia nomenclatura acepta esa dirección, existen Cortes Supremas, Tribunales Supremos y Tribunales Superiores, por ejemplo, cuando en realidad lo que se da es una distribución de la competencia por razones de la materia, la cuantía o el territorio. La jurisdicción es una sola y se la distribuyen los diferentes tribunales según las reglas de competencia previamente establecidas. Hay que recordar que los recursos no aparecieron históricamente como una garantía, sino como una forma de fiscalizar la actuación de los inferiores; su origen lo encontramos en el sistema inquisitivo, como medio para posibilitar la fiscalización de los superiores de la actuación de los inferiores, pues la actuación de los primeros -por estar más cerca de quien delegó la administración de la justicia- es la que realmente resulta válida para el sistema, ello conllevó también a que el órgano judicial se organizara verticalmente, en instancias, con superiores e inferiores, pero la situación ha cambiado radicalmente al presente, en que los recursos son conceptualizados como una garantía de las partes y en tal razón la organización de los tribunales puede ser variada con base a distribución de funciones y a criterios de horizontalidad. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.2.h señala el derecho de recurrir del fallo, para toda persona inculpada de delito, como una garantía. No obstante que en

³ Al respecto ver Maier. Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires, 1996. 2a. edición. Pág. 744.

la fórmula empleada en la Convención se utiliza el calificativo de *superior* para el juez o tribunal que conoce del recurso, no creo que con ello se haya optado por una organización jerarquizada de los jueces -herencia de los sistemas autoritarios que nos heredó la Corona Española-, simplemente, me parece, que el legislador convencional utilizó la terminología propia -en América- al momento en que se aprobó la Convención (1969), sin esforzarse por analizar el tema y optar por una terminología propia de un sistema más democrático de organización judicial, con estructuras más horizontales y distribución de competencias por materia, territorio y cuantía, con el término superior sólo se pretendió señalar que quien conoce del recurso tiene el poder suficiente para resolver en forma contraria a como lo hizo quien resolvió inicialmente.⁴

Es norma de corriente aceptación -dichosamente cada día menos- la que obliga a la consulta de lo resuelto por el tribunal de instancia.⁵ Criterio, también, de claro origen autoritario por provenir de sistemas procesales inquisitivos, en que por ser la administración de justicia una actividad delegada por la persona titular de ese poder (Papa, Emperador, Rey), lo resuelto por quien recibió la delegación debía consultarse con el que la hizo o su representante, para que los criterios del delegante no fueran incumplidos por quien primero y en forma directa resolvió el caso. El juez que debe consultar lo que resuelva, no es un juez independiente, su utilización dentro del sistema es meramente utilitaria, a efecto de que se entienda de asuntos menores en la tramitación, pues su criterio no es el que puede -en ningún caso- resolver lo planteado, ya que el único válido es el de su superior, a quien debe consultarle necesariamente lo que se disponga.

La jurisprudencia obligatoria es otra manifestación de ese irrespeto de la independencia del juez que campea en la región. Fácilmente la justificamos como institución que propicia la seguridad jurídica, pues conociendo lo resuelto por los Tribunales Superiores podemos orientarnos en la interpretación de la ley y establecer con meridiana seguridad la forma en que todos los administradores de justicia la harán, pero en realidad reduce el ámbito de interpretación en que debe actuar el juez y en consecuencia le afecta en su independencia, pues se le impone una forma de interpretar la norma. En el sistema costarricense, la Ley que rige la jurisdicción constitucional, en su artículo 13, dispone la vinculación de todos a la jurisprudencia y precedentes de esa jurisdicción, al señalar que: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma." Desde luego que esa vinculatoriedad puede conllevar mayor seguridad y orden en la interpretación de las normas, pero esa buena intención -debe reconocerse- afecta sensiblemente la independencia del juzgador, que deberá atenerse a una interpretación que no le es propia. Estimo que sí es válida una salvedad en relación con la obligatoriedad de la jurisprudencia, propia de los tribunales constitucionales cuando utilizan la facultad de la interpretación conforme, a efecto de salvar la inconstitucionalidad de una norma, en los casos en que así se procede y se señala que la dada es la única interpretación conforme al marco constitucional, parece que los jueces deben atenerse a ella, no en respeto del antecedente sino del marco constitucional.

4 Al respecto ver Maier, *ob. cit.* Nota 9 de la pág. 744.

5 El Código Procesal Penal de Costa Rica que entró en vigencia el pasado 1o. de enero no incluye dentro de sus instituciones la consulta, criterio que estimo es un notable avance en el reconocimiento de la independencia de los jueces.

iv. *frente a las partes*

Los jueces deben también ser independientes frente a las partes, ello justifica la existencia de motivos de excusa y recusación, pues la amistad, enemistad, compromiso o cualquier otra circunstancia por el estilo, hace al juzgador perder la imparcialidad que debe tener frente al caso concreto. Las causas de apartamiento de los jueces son una garantía en favor de las partes, se trata de una relación directa de la persona encargada de juzgar, con el caso sub-exámene.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos al hacer referencia al tema en el artículo 8.1, enfatiza al señalar que además de independiente el juez debe ser imparcial, se indica que se tiene derecho a ser juzgado por un tribunal “competente, independiente e *imparcial*”.

El juez respecto al cual las partes tienen fundadas sospechas de parcialidad, debe ser separado del conocimiento del asunto, razón que fundamenta el derecho de las partes para recusarlo, invocando el motivo en que se funde el temor de parcialidad. Al igual que Julio Maier,⁶ considero que el motivo de separación debe operar en interés de los intervinientes en el proceso y no del juez propiamente. Es por ello que antes de permitir la separación del juez a iniciativa personal, conviene autorizarle a comunicar a las partes el motivo por el cual estima que debe separarse, para que lo valoren y caso de que participen del criterio de que puede fallar la imparcialidad que debe tener, apoyen su alejamiento del caso concreto, y ello es así, porque la imparcialidad es una garantía en favor de las partes.

b. *externamente*

Ya se señaló que interesa también la independencia externa del juzgador, las formas más corrientes en que se afecta es por la intervención de los otros Poderes del Estado, la intervención de los medios de información colectiva y las manifestaciones públicas o violentas en contra de los jueces.

i. *frente a los otros Poderes del Estado*

Esta manifestación de la independencia es tan importante que a ella se refieren -según ya se señaló- todos los marcos constitucionales de la región centroamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Poder Judicial y en consecuencia los jueces son independientes de los otros Poderes del Estado. La historia nos enseña como la administración de justicia ha sido utilizada para dominar la manifestación contraria a los regímenes autoritarios, es en ellos en donde la independencia de poderes se constituye en un obstáculo para el déspota o dictador. La función de garantía que deben cumplir los jueces en un estado democrático es desconocida en los de rango autoritario y por ello el juez no puede ser independiente en los estados con organización política de esa condición.

6 Ver Maier, *ob.cit.* Pág. 754.

Por el contrario, el juez debe ser garante de la actuación legítima de los otros Poderes del Estado, pues corresponde al judicial el control de legalidad y constitucionalidad, es decir, de la validez de los actos del legislativo y del ejecutivo, así como la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a las manifestaciones del poder del Estado.

En Costa Rica el Poder Legislativo tiene la facultad de nombrar Comisiones “para que investiguen cualquier asunto que la Asamblea les encomiende, y rindan el informe correspondiente”, facultad que se estimó posibilita al legislativo para investigar hechos cuyo conocimiento corresponde al judicial, con lo que se produjo una clara intervención de un poder de la República en funciones propias de otro. Varias sentencias de la Sala Constitucional han servido para ir deslindando las funciones del legislador y del juez, pero es de reconocer que al iniciarse una investigación legislativa sobre un tema relacionado con hechos cuya investigación se desarrolla en los tribunales, se altera sustancialmente la actuación en el caso concreto, dada la magnitud que alcanza la publicidad de la manifestación del acontecer legislativo y las críticas o alabanzas que se hacen en ese foro sobre la actuación del juez que conoce del asunto. Al respecto, en una de las sentencias más recientes sobre el tema,⁷ se indicó:

II.- LÍMITES AL PODER DE INVESTIGACIÓN DE LAS COMISIONES: No puede concebirse que el poder de investigación de las Comisiones a las que se refiere el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política, carezca de límites...

... no podría entenderse que esas Comisiones estén por encima de los otros Poderes del Estado, en el sentido de que puedan avocar competencias propias de éstos, ya que, precisamente, uno de los límites constitucionales del ejercicio de la potestad de investigación lo constituye el Principio de División de Poderes, estipulado en el artículo 9 de la Constitución Política. De allí que tampoco la Asamblea sea un contralor de los actos realizados por los otros Poderes, en el ejercicio de su exclusiva competencia constitucional. En este sentido, por ejemplo, no sería constitucionalmente posible constituir una Comisión de Investigación para revisar la forma en que el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional, o se ha dado su organización interna, pues esto es competencia exclusiva de este Poder del Estado, respecto de lo cual ningún control puede ejercer la Asamblea Legislativa...

... a las Comisiones de Investigación les está prohibido invadir competencias de otros órganos. En este sentido, no pueden juzgar ni imponer penas a persona alguna, función propia del Poder Judicial, pues de lo contrario se constituirían en Tribunales Especiales, creados para el juzgamiento de un caso particular, con quebranto de lo dispuesto en los artículos 9 y 35 constitucionales. Lo anterior, permite concluir que dichas Comisiones no realizan funciones jurisdiccionales y, por ello, no se les ha conferido el poder de juzgar e imponer sanciones. Son órganos de carácter político...

... En principio, nada obsta para que haya investigaciones paralelas, pues la función que realiza una Comisión Investigadora no es jurisdiccional y su finalidad no es establecer responsabilidades de carácter penal o jurídico en general, ni imponer sanciones, sino de ex-

⁷ Ver también en este sentido, sentencias números 1954-97, 1955-97 y 1956-97 de la Sala Constitucional.

poner a la luz de la opinión pública determinadas actuaciones de funcionarios públicos o políticos que se consideren moralmente reprochables. Así, en tanto no se substraigan competencias propias de Poder Judicial -lo que no sucede en este caso- el hecho de que la Asamblea Legislativa haya nombrado una Comisión Especial para que investigue el caso del Banco Anglo Costarricense, no viola lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución Política, ya que se trata de funciones diferentes... (sentencia No. 1953-97).

Respecto a este aparte, debemos concluir que los jueces sólo deben estar subordinados a la Constitución y la ley, tanto al establecer el cuadro fáctico a resolver, como al interpretar la ley que debe aplicar, pero es lo cierto que actividad propia de los otros poderes del Estado, con interés de hacerlo o sin ello, afecta frecuentemente la independencia de los jueces.

Los otros poderes del Estado no pueden tener facultad alguna para revisar un pronunciamiento judicial, ni aun en ejercicio del régimen disciplinario que les pueda acordar a su favor la constitución. Ya señalé al referirme al régimen disciplinario como quien lo ejerce no puede incursionar en el caso concreto, éste sólo es posible de ser revisado por medio de los recursos que legalmente estén autorizados.

También vale la pena comentar que en Costa Rica existe una prohibición, de jueces, y demás servidores judiciales de participar en la política electoral -salvo la emisión del voto o sufragio-, aún si desean colaborar con el Tribunal Electoral en funciones imparciales de fiscalización y colaboración del proceso electoral. La intervención en política se prohíbe por razones evidentes, pero lo interesante es que también se impide colaborar con el órgano imparcial de las elecciones -función que es vista como deber cívico-, porque se estima que ningún funcionario del Poder Judicial, sea juez o servidor, puede estar al mando de otro Poder de la República, ni aún si es en el desempeño de un deber patriótico.⁸

ii. *frente a los medios de información colectiva*

No puede desconocerse que últimamente y cada vez más, la administración de justicia interesa a los medios de información colectiva. Ese interés resulta altamente beneficioso, pues coadyuva a darle transparencia a la función del juez y en consecuencia a rescatar la credibilidad perdida frente a la comunidad. Pero, también, ha conllevado a que el juez trate, con su actividad, al saber que su actuación trascenderá al gran público, de congraciarse con la opinión pública o la publicada, con olvido de que su función es dar a cada uno lo suyo, tutelar los derechos subjetivos de los involucrados en el conflicto y no quedar bien, o proteger los intereses de la mayoría, pues en no pocos casos debe también ser el garante de los derechos e intereses de las minorías.

Experiencias conocidas en nuestras latitudes corroboran la incidencia cada vez más marcada de los medios de información social en el acontecer judicial. Cuando se informa que la inseguridad ciudadana ya no es soportable, los jueces se muestran más reticentes a aceptar que el

⁸ Ver sentencia número 2883-96 de la Sala Constitucional.

imputado debe estar en libertad mientras es juzgado, si una razón procesal no fundamenta su restricción de libertad personal. La respuesta judicial se hace más drástica al publicarse el criterio ciudadano sobre el peligro de la delincuencia y seguramente ello también influye en el criterio de los jueces al momento de apreciar la prueba y resolver el caso concreto. Al juez se le convence de que es responsable del estado de inseguridad ciudadana, cuando su función solamente es la de tutelar y reconocer el derecho de las partes en el caso concreto.

La publicidad de los asuntos sometidos a conocimiento de los tribunales se ha constituido así en una forma eficiente de influir en el ánimo de los juzgadores y en consecuencia de restarles independencia.

iii. *frente al conglomerado social*

El juez debe también ser independiente frente a las manifestaciones del conglomerado social. Hasta hace relativamente poco tiempo, medios de manifestación popular utilizados para forzar la actividad de los otros poderes del Estado, no habían sido utilizados en relación con el judicial. Se respetó el ámbito de reserva en que deben los jueces cumplir con su función de administrar justicia. Pero, peligrosamente, ahora se pretende también amedrentarlos y forzarlos a responder al interés de un grupo de manifestantes. En varias oportunidades la Sala de que forma parte ha tenido que soportar la presión ejercida por grupos más o menos importantes de personas que tratan de presionarle para que resuelva un caso en determinado sentido. El juez debe tener la formación personal necesaria para soportar la presión y resolver como su conciencia le dicta.

V. LA INDEPENDENCIA COMO UNA GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS

La independencia del juez no resulta ser una garantía a su favor, sino de las partes involucradas en el conflicto planteado en estrados, como lo regula la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.1. Este concepto propio de un estado democrático, no tuvo aplicación -como ya se apuntó- en los sistemas autoritarios. El juez debe estar protegido de toda injerencia externa e interna al resolver, debe ser imparcial, sea no comprometido con ninguna de las partes, sin perjuicios en favor o en contra de las partes, pues sólo de esa forma puede reconocer el derecho que a cada una le corresponde.

El mayor o menor involucramiento que el ordenamiento acuerde respecto a la actuación del juez en el proceso, se relaciona directamente con el tema planteado, pues sólo el juez que mantiene distancia respecto al desarrollo de la investigación puede luego resolver sin ataduras o perjuicios. A ello tiende la concepción moderna del procedimiento penal que separa la función de decidir de la de instruir. Quienes hemos tenido que trabajar bajo las reglas de un procedimiento inquisitivo como el que estuvo en vigencia en Costa Rica hasta 1975, de seguro tendremos múltiples experiencias que corroboran lo dicho. En mis primeros años en el servicio judicial, propiamente cuando me desempeñaba como Juez Penal de Limón, tuve que instruir una

causa relacionada con un homicidio producido cuando el juez ejecutor de la traba de un embargo ingresaba con el acreedor al fundo del deudor; instrucción que realicé con toda dedicación e interés. La sentencia que dicté me obligó a estudiar con todo detalle cada una de las circunstancias del hecho y establecer la forma en que la legislación disponía sobre ellas. El esfuerzo tuvo su retribución cuando la Sala de apelaciones confirmó el pronunciamiento, pero que decepción me produjo el que se casara la resolución y se variara la calificación de homicidio agravado a especialmente atenuado por emoción violenta. Ello me motivo a actuar torpemente en relación con mis superiores; al recibir el expediente me trasladé con él a San José y comente lo ocurrido con los Magistrados de la Sala de apelaciones, prontamente comprendí que el caso me había involucrado de tal forma que no podía plantear lo ocurrido como un hecho externo a mi persona y que el asunto lo veía como un producto mío. No fui un juez imparcial, no pude ser garantía para ninguno de los involucrados en el caso.

Conociendo las condiciones del ser humano y siendo el juez uno de ellos, con todas sus debilidades y bondades, es deber aceptar como cierto que difícilmente puede encontrarse a una persona total y absolutamente separable de los detalles que inciden en el caso, por eso debemos ver esa imparcialidad que se propugna como un intento de aproximación, como una meta a conseguir, y por ello sometida a una serie de principios y regulaciones que tienden a favorecerla y protegerla.

La independencia en el caso concreto

Ya se apuntó al inicio que lo que verdaderamente interesa es la independencia del juez en el caso concreto, las restantes manifestaciones de esa independencia sólo tienen legitimidad en el tanto coadyuvan a lograrla. Para favorecerla o protegerla el ordenamiento jurídico cuenta con reglas propias de la organización de los tribunales y del procedimiento, veremos algunas de ellas de seguido.

i. La estabilidad en el cargo es una de esas condiciones. El juez cuyo nombramiento sea a plazo y sobre todo si ese plazo lo es por un período corto y pueda ser destituido por causas no establecidas expresamente en la ley o sin cumplirse con las formalidades propias del debido proceso, o con utilización de un proceso que no pueda efectivamente tenerse como garantía sino como mero cumplimiento de formalidades para lograrse un cometido preestablecido, no es un juez independiente, y en consecuencia puede fácilmente verse influido por motivaciones externas impuestas por quienes tienen a su haber la posibilidad de mantenerlo en el cargo.

ii. Debe además gozar de un salario acorde a las necesidades que le depara su posición en el medio social en que se desarrolla, para que pueda vivir dignamente, además de tener garantizado su retiro con una pensión justa. Al juez debe protegerse de innecesarias congojas económicas, para que ellas no se constituyan en un aliciente para la conducta ilegítima. La carrera judicial puede constituirse, en sistemas como los nuestros, en otra garantía relacionada con el nombramiento, a efecto de que este se vea lo menos posible influenciado por el favorecimiento injusto.

iii. En el judicial no debe tener aplicación el principio de obediencia jerárquica al resolverse el caso concreto. Ello hace que al organizarse deba optarse por estructuras horizontales, en la que cada juez pueda decidir sin injerencias de sus superiores en grado. La distribución de la competencia en tribunales de grado organizados verticalmente es legado de sistemas políticos de corte autoritario (monarquías absolutas e inquisición), y favorece la intervención del superior en la actuación del inferior en grado, intervención que en un sistema de administración de justicia de raigambre democrática no debe tener lugar.

iv. Los recursos deben posibilitarse como una garantía de las partes y no como una forma de fiscalización o control del actuar de los jueces. Siguiendo en ello el criterio -según se señaló supra- de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando establece como derecho del inculgado de delito de recurrir del fallo.

v. Prohibición de nombrar jueces o crear tribunales para el caso concreto, o principio del juez natural.⁹ Al desarrollar las garantías judiciales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el señalado artículo 8, dispone que : “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, ..., establecido con anterioridad por la ley...”. Al permitirse el nombramiento o creación de jueces y tribunales para conocer de casos concretos se posibilita que quien nombra busque determinadas condiciones en quienes nombra, para lograr fines ajenos a la función del juez; fácilmente manipula su actuar con lo que altera la función de garantía que se le ha señalado como propia a la administración de justicia de ambiente democrático. Al legitimar tal permisión se puede escoger los jueces y organizar los tribunales con finalidad diversa a la propia de ellos, dar a cada uno lo que es suyo. En mi país durante el período post-revolucionario de 1948 funcionaron tribunales especiales, última experiencia formal de ellos, pero la realidad nos lleva a aceptar que en varias oportunidades los tribunales se han conformado para el caso concreto, en razón de no contarse con el número suficiente de suplentes para sustituir a los titulares y otros suplentes llamados a completar el número requerido de miembros.

vi. Se debe favorecer la independencia interna reconociendo que el juez es libre, aún frente a sus superiores al resolver el caso -con mayor razón frente a cualquier otra expresión de poder- y que ellos deben abstenerse de injerencia alguna en el sub-judice, para que así el fallo sólo obedezca a lo que al respecto disponga la constitución y la ley.

vii. La posibilidad del apartamiento del juez del conocimiento del caso cuando ha perdido su imparcialidad para el caso. Las partes deben tener reconocido su derecho para recusar al juez sobre el que tienen fundadas sospechas de que no reúne las condiciones necesarias para garantizar que tratará el caso con toda objetividad, pero ese es un derecho de las partes y de nadie más, en consecuencia el juzgador debe limitarse a poner en conocimiento de ellas las causales que estime le asisten para separarse del caso. Las causales establecidas en la ley no pueden

⁹ La Constitución Política costarricense tutela este derecho el artículo 35 que dice: “Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución”.

constituir un número clausus, pues circunstancias similares pueden producir la misma afectación a la imparcialidad; en todo caso debe tenerse en mira el proteger ese no involucramiento personal con el caso, pero esto no conlleva el aceptar el motivo producido por simple comodidad, deseo de mantenerse ajeno a un caso o elegancia.

viii. Prohibición de conocer del caso cuando se ha intervenido en etapas anteriores del procedimiento. La constitución costarricense con un criterio suficientemente restrictivo lo que imposibilita es la actuación de un mismo juez en diversas instancias para resolver un mismo punto (artículo 42),¹⁰ pero pareciera que para garantizar una efectiva imparcialidad debe evitarse que el juez pueda conocer del mismo caso aún cuando se haya actuado como parte (representante del Ministerio Público o defensor), en razón de que subjetivamente puede verse influido por las tesis o intereses mantenidos con anterioridad.

VI. HASTA DÓNDE DEBE LLEGAR LA INDEPENDENCIA

El tema de si el juez puede ser investigado en cuanto a sus actuaciones propias de administrar justicia y evaluado en relación con sus aptitudes para el desempeño del cargo ha sido poco analizado. Aún se observan marcadas dudas sobre hasta dónde ello es posible, no sólo por el reconocimiento a su independencia y la posibilidad de afectarla con esas investigaciones y evaluaciones, sino también por la dificultad de establecer cuándo se está incidiendo en el caso concreto al plantearse las señaladas posibilidades.

i. En relación con el acto arbitrario. Por de pronto está claro que al juez no le está autorizado actuar arbitrariamente, sin sustento legal, por su simple voluntad y que cuando así lo hace, puede ser sometido al régimen disciplinario. Sobre este tema, la Sala Constitucional en una sentencia (número 1264-95) que me correspondió redactar, declaró con lugar un recurso de amparo promovido por un juez que había sido sancionado disciplinariamente por la Inspección Judicial (órgano disciplinario), pero por actos jurisdiccionales; es decir, el órgano disciplinario valoró la forma en que el juez había interpretado la ley, función que conforme al artículo 156 de la Constitución Política costarricense, corresponde exclusivamente al Juez. En esa oportunidad se señaló:

...la actividad fiscalizadora del Tribunal no puede interferir sobre la función jurisdiccional, porque estas sanciones -las disciplinarias-, no tienen el efecto de anular o alterar las resoluciones jurisdiccionales, o de influir directamente sobre el asunto en cuestión, y los fallos del Tribunal de la Inspección Judicial nunca producirán cosa juzgada respecto del caso subjuice, pues son dos cosas totalmente apartes: el contenido jurídico de la sentencia y la actuación del juez como funcionario público. El Tribunal de la Judicial, en relación con el régimen disciplinario, lo que debe valorar del juez, es por una parte, todo lo que produce

¹⁰ “Artículo 42: Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto...”.

el servicio público eficiente, por lo cual debe examinar e investigar la función normal de las oficinas, la actividad desempeñada, la tramitación de expedientes, los procedimientos, la contratación de personal, etc.; por otra parte, debe valorar la eficiencia del juez como funcionario público, de manera que el contenido de sus sentencias lo que demuestra es su capacidad profesional e idoneidad en el puesto que desempeña, es decir, si conoce y aplica correctamente el derecho, por cuanto los Tribunales Superiores ven limitada esa fiscalización a su propia competencia, y no pueden imponer sanciones de esta categoría, únicamente las derivadas de la actividad arbitraria del expediente... Por ello, la Inspección Judicial necesita de una pluralidad de casos, no pudiendo valorar la capacidad o competencia de un juez por un sólo pronunciamiento -salvo que se trate de un error manifiestamente absurdo y de gran gravedad-, porque ello sería facultarlo para valorar el contenido jurídico de los fallos jurisdiccionales, lo que bajo ningún punto de vista es posible.

No obstante, sabemos que la arbitrariedad no puede ser norma de conducta de ningún funcionario público, menos aún de un juez. Según anota Maier,¹¹ la Corte Suprema de la Nación Argentina ha abierto el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, por arbitrariedad, para descalificar sentencias que no son “derivación razonada del derecho vigente”.

ii. En relación con el acto constitutivo de delito. Debe también aceptarse de principio que la ley debe reprimir la acción del juez que con conocimiento y voluntad resuelva en contra de lo que ella dispone o fundamente, a sabiendas, su fallo en hechos falsos.

iii. En relación con la torpeza en el desempeño del cargo. La claridad que se manifiesta en los temas anteriores de este aparte, no se produce con la misma intensidad en este caso, ya que nos encontramos frente a una situación en donde es menos seguro llegar a conclusiones irrefutables. La conducta que hoy nos parece torpe puede ser la aceptada como acertada mañana. La interpretación que no goza de la aprobación de los superiores puede resultar ser la recomendada por la doctrina y luego aceptada por quienes antes la rechazaron. Los ejemplos son múltiples sobre el particular. ¿Pero nos llevará ello a aceptar que no existe posibilidad de revisar la torpe actuación de los jueces, porque ello afecta su independencia?, creo que no, sólo que deben señalarse límites claros a la investigación. En primer término no debe abarcar el análisis de la aplicación de la ley en un caso concreto, pues ello corresponde únicamente al tribunal con competencia para conocer del asunto por medio de los recursos. En segundo lugar la investigación debe desarrollarse con absoluto respeto de los derechos derivados del debido proceso y quien la realiza no debe tener como interés otro que establecer la idoneidad para el desempeño del cargo, con ello pretendo deslegitimar cualquier procedimiento que se pretenda seguir para sancionar a quien dictó un fallo incómodo o no querido por quien ejerce la función de acusador o juzgador.

iv. La evaluación de los jueces en el cumplimiento de sus funciones.- El deber que el constituyente le ha marcado a los Poderes Judiciales de administrar justicia en forma pronta y cum-

11 Ver Maier, *ob. cit.* Pág. 747.

plida, justifica que los jueces deban ser evaluados en el desempeño de sus cargos. Pero esa evaluación no debe ser sólo en relación con el número de asuntos resueltos durante un determinado período o respecto del número de asuntos que le son revocados o corregidos por el tribunal competente para conocer de los recursos que se interpongan en contra de lo que resuelve.

A mi entender los jueces deben valorar su carga laboral y establecer programas anuales de metas y objetivos, fijando los parámetros conforme a los cuales debe evaluarse el grado de cumplimiento de lo planeado. Se debe reconocer el derecho del juez de evaluar inicialmente ese grado de cumplimiento, pero al mismo tiempo se debe legitimar a órganos de conformación plural, en el que tenga participación importante la representación de los usuarios, para participar en esa evaluación a efecto de fijar la eficiencia de los tribunales en el desempeño de su cometido.

El grado de cumplimiento y la comparación del rendimiento de unos y otros jueces y tribunales puede servir para establecer la carga laboral posible de ser cumplida en un determinado período (anual por ejemplo), de donde también se podrá establecer las necesidades de recursos humanos y materiales, para lograr mantener el despacho al día.

El grado de eficacia en el desempeño del cargo también es posible de ser evaluado, pero al igual que la evaluación a que hicimos referencia con anterioridad, no debe tener como fin principal la aplicación del régimen disciplinario, sino la corrección de las prácticas indebidas o retardatorias, para lograr que la labor se realice apegada a las normas que la regulan y su resultado sea una administración judicial eficaz.

Desdichadamente en nuestros medios no se cuenta con confiables datos estadísticos sobre el desempeño de la administración de justicia¹² y carecemos de criterios científicos para su interpretación, deficiencia que debemos superar con todo esfuerzo para contar con mayores elementos de juicio en la búsqueda para brindar un mejor servicio al usuario.

v. El juzgamiento de los jueces. Los jueces deben ser juzgados disciplinaria, civil y penalmente por el mal desempeño de su labor, pues al igual que todo funcionario público son responsables por los daños que causen con su desempeño, al menos con culpa grave en relación con el resultado.

Es indudable que ese juzgamiento debe darse con pleno respeto de las exigencias propias del debido proceso y realizado por un tribunal imparcial.

Es mi criterio que al juez debe de protegerse con mayores garantías de las acusaciones infundadas, lo que permite aceptar como válida la existencia del antejuicio, ante tribunales de

¹² No estimo que sea jactancioso al señalar que Costa Rica tiene al momento uno de los sistemas estadísticos, sobre la actuación de jueces y tribunales, más confiables del continente, con veinticinco años de existencia, sistema que ha permitido tomar decisiones en relación con la organización de los despachos judiciales, su competencia, ubicación, cantidad de personal subalterno, etc.

competencia especial, en que tengan representación el cuerpo de jueces, los colegios de abogados y eventualmente los otros poderes del Estado, cuando del juzgamiento de delitos cometidos en el ejercicio del cargo se trate, así como reconocer que la disciplina deber ser ejercida por un órgano diverso al que tiene a su encargo el nombramiento, a este respecto me manifiesto absolutamente en contra de que si el antejuicio existe, corresponda realizarlo a un órgano político, pues éstos han demostrado un alto grado de compromiso a sus intereses y en consecuencia que no son independientes para realizar ese juzgamiento, además de que en no pocas veces el caso a juzgar les involucra, al referirse a un caso relacionado con el ejercicio del poder que ostentan, con lo que también pierden independencia.

La responsabilidad civil del juez también debe estar claramente establecida, sobre el tema de la responsabilidad del juez, me remitiré a una sentencia (número 5981-95) cuya ponencia tuve que redactar, en la que se reconoce, según los términos de la legislación costarricense la responsabilidad del juez en todos esos ámbitos. Se señalaron en dicho fallo como principios fundamentales de responsabilidad, los siguientes:

a) El Poder Judicial es responsable, al igual que los demás poderes del Estado, de sus actos. En esa sentencia se reconoce como principio constitucional la responsabilidad directa del Estado, incluyendo los actos del Poder Judicial por error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia, responsabilidad que deriva directamente del artículo 9 de la Constitución que dice : “El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y *responsable*. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.

b) Esta norma y otras de la Constitución, excluyen la arbitrariedad de los poderes públicos y fortalecen la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica. Esta responsabilidad objetiva, según se indicó en el fallo, resulta complemento de la responsabilidad civil, penal y disciplinaria a que está sujeto el juez, pues éstas no resultan suficientes para garantizar debidamente los intereses de los justiciables. No obstante, la responsabilidad debe provenir de una conducta dolosa o culposa del órgano jurisdiccional, constitutiva o no de delito.

La legislación costarricense contempla, aparte de la responsabilidad disciplinaria mencionada, la penal en los artículos 348 (prevaricato), 344 (enriquecimiento ilícito), 338 y 339 (cohecho propio e impropio) del Código Penal,¹³ y la responsabilidad civil en los artículos 85 y si-

¹³ Art. 348: Se impondrá prisión de dos a seis años al funcionario judicial o administrativo que dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos.

Si se tratare de una sentencia condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión.

Art. 338: Cohecho impropio. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptar la

guintes del Código Procesal Civil,¹⁴ la que procede cuando los funcionarios que administran justicia, en el desempeño de sus funciones, infringieren las leyes. En ese caso, la parte perjudicada podrá exigir responsabilidad contra aquellos, ante el superior inmediato de quien hubiere incurrido en la falta, sin que sea necesario esperar a que haya recaído sentencia en lo penal.

Espero que estas reflexiones sirvan para ir abriendo camino en la espesura del bosque de problemas en que aún nos encontramos en relación con la independencia de los jueces, para que un día no muy lejano, nuestras democracias puedan tener en la judicatura una garantía real y efectiva de su existencia futura.

promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones.

Art. 339: Cohecho propio. Será reprimido con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para retardar un acto propio de sus funciones.

14 Art. 85. Cuando los funcionarios que administran justicia, en el desempeño de sus funciones, infringieren las leyes, la parte perjudicada podrá exigir responsabilidad contra aquéllos, ante el superior inmediato de quien hubiere incurrido en la falta, sin que sea necesario que haya precedido proceso penal.

O HABEAS DATA BRASILEIRO E SUA LEI REGULAMENTADORA

José Carlos Barbosa Moreira^(*)

1. OS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição brasileira de 5.10.1988 reservou o Título II para o tratamento dos “direitos e garantias fundamentais”. No respectivo Capítulo I, cuida-se dos “direitos e deveres individuais e coletivos”. Acusa a rubrica duas diferenças interessantes em confronto com as partes correspondentes das anteriores Cartas Políticas: de um lado, junto da alusão a “direitos”, aparece a menção a “deveres”; de outro, não se emprega unicamente, como era da nossa tradição, o adjetivo “individuais”, acrescentando-se-lhe o “coletivos”. Ambas as diferenças revelam certa evolução ideológica (talvez fosse melhor dizer cultural), sobre cujo significado, em nossa opinião profundo, não é este o momento próprio para debruçar-nos.

Importa assinalar por ora que, no Capítulo I, o dispositivo inicial (art. 5º) -após declarar, no caput, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”- se desdobra em numerosos incisos, dedicados na maioria à especificação dos direitos assegurados e à indicação dos remédios utilizáveis contra a respectiva violação. Aí se compreendem praticamente todas aquelas prerrogativas a que uma terminologia discutível do ponto de vista doutrinário, mas já agora (e em definitivo) internacionalmente consagrada, aplica a denominação de “direitos humanos”. Assim é que a Constituição alude, por exemplo, à liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), à de consciência e de crença, com o livre exercício dos cultos religiosos (inciso VI), à expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX), à inviolabilidade da inti-

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

midade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X), ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (inciso XII), à liberdade de locomoção (inciso XV), de associação para fins lícitos (inciso XVII), ao respeito da integridade física e moral dos presos (inciso XLIX), à necessária observância do devido processo legal (inciso LIV) e assim por diante.

2. RESTRIÇÕES DE DIREITO E DE FATO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Duas observações cabem aqui. A primeira, trivialíssima, é a de que nenhum dos direitos contemplados goza (nem pode gozar) de tutela irrestrita e absoluta. Não se concebe, na vida da sociedade, que direito algum seja compreendido e exercitado como se não existissem outros que, sob tais ou quais circunstâncias, sem determinadas limitações e compressões, inevitavelmente com ele entrariam em choque. A interpretação da Constituição rejeita contradições que nulifiquem qualquer de seus preceitos. Mas, para preservar a todos o espaço devido, é imprescindível levar em conta as interferências que decorrem, para o exercício de cada qual, da necessidade de preservar o dos restantes. O verdadeiro sistema constitucional de proteção de direitos não é aquele que resulta, pura e simplesmente, da leitura isolada de um ou de outro texto: reclama a ponderação atenta dos interesses em jogo e a prudente flexibilização de linhas divisórias, para permitir o convívio tão harmonioso quanto possível de valores igualmente relevantes e ocasionalmente contrastantes. Basta atentar, v.g., nos conflitos que podem surgir, e com frequência surgem, entre a liberdade de manifestação do pensamento e a obrigatória preservação da intimidade e da honra alheias.

Outra observação, não menos óbvia, diz respeito à distância que lamentavelmente se interpõe entre o conjunto normativo e o cotidiano concreto. Seria ocioso demorar-nos em ilustrar com exemplos o reparo, cujo alcance, de resto, provavelmente transcende quaisquer fronteiras nacionais. É pelo menos extremamente duvidoso que em algum Estado, de ontem ou de hoje, o dia a dia da vida social haja refletido ou reflita com inteira fidelidade a imagem desenhada nos textos de Cartas políticas, no que tange -e não só nisso- à reverência para com os direitos humanos. Haverá, é claro, diferenças de grau no descompasso; todavia, será difícil, quicá impossível, apontar país qualificado, sem nenhuma hipocrisia, para atirar a primeira pedra. A perfeição, bem se sabe, decididamente não é do mundo terreno.

Esta segunda observação comporta um adendo, concernente à origem das violações dos chamados direitos humanos. Ao tratarem do assunto, os meios de comunicação social, e por influência deles muitíssimas pessoas, têm em vista exclusivamente, por assim dizer, os abusos e violências perpetrados pelas polícias e por outras entidades ligadas, direta ou indiretamente, às estruturas oficiais. É uma tendência que predomina até nas manifestações de quase todas as organizações internacionais que se ocupam da matéria. Ela denota uma visão indevidamente restritiva e unilateral do fenômeno. Sem minimizar a importância do aspecto comumente posto em relevo, tudo aconselha a que não se despreze outro: em certas áreas e em certos momentos, a

atuação de grupos privados pode assumir gravidade tão grande (ou maior) do que a de aparelhos estatais, como razão de ameaça para a integridade dos mencionados direitos - a começar pelo mais elementar de todos, o direito à vida. Basta pensar na expansão e no fortalecimento da criminalidade organizada, a multiplicar e a alargar, em regiões urbanas e rurais, mormente no terceiro mundo, as “zonas cinzentas”,¹ onde impera sem peias o arbítrio do chefe de quadrilha ou do mais bem armado traficante de drogas, autoinvestido de poderes para determinar o que se pode e o que se não pode fazer no território controlado, ordenar o fechamento de vias públicas e escolas, ocupar a seu talante espaços “estratégicos”, reduzir ao silêncio, pela intimidação, os moradores vizinhos e justificar sumariamente quaisquer suspeitos de desobediência.

3. O DIREITO AO CONHECIMENTO E À RETIFICAÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Sob regimes políticos de exceção, e muito especialmente a partir do instante em que se desencadeia o processo de retorno ao Estado de direito, costuma aguçar-se a sensibilidade para este ou aquele problema relacionado com a preservação de direitos. Episódios em curso ou já encerrados, mas vivos na memória popular, põem em evidência dificuldades e carências que até ali talvez não houvessem despertado maior atenção. A humanidade aprende com a história: menos, com certeza, do que seria de desejar - mas aprende...

No Brasil, durante os governos discricionários que se sucederam ao longo de duas décadas, razões bem fundadas fizeram surgir, ou aumentar, uma inquietação relativamente nova, ou quando menos revestida de nova forma. Informações aleatoriamente colhidas, em fontes de discutível idoneidade e por meios escusos, não raro manipuladas sem escrúpulos, ou mesmo fabricadas pela paranóia de órgãos repressivos, viram-se incorporadas a registros oficiais ou paroquiais e passaram a fornecer critérios de avaliação para a imposição de medidas punitivas ou discriminatórias. Tais critérios eram insuscetíveis de objeção e discussão, até pelo simples e óbvio motivo de que os interessados não tinham acesso aos dados constantes dos registros. Ninguém pode sequer tentar demonstrar a falsidade ou incorreção de algo que ignora em que consiste... Situação desse gênero foi literariamente imortalizada pela pena de Kafka.

O problema tem ligação manifesta com o da preservação do direito à intimidade:² na coleta e armazenamento indiscriminado de dados atinentes a uma pessoa, à revelia dela e sem controle de sua parte, não há como deixar de ver uma invasão da privacidade. A rigor, porém, o que avulta aqui é uma idéia mais particularizada, suscetível de expressão sintética nos seguintes ter-

1 A expressão *zones grises* (ou *zones de non-droit*) vê-se empregada por autores franceses para designar as áreas em que o ordenamento oficial, sem força para impor-se, é substituído, *de facto*, pela “lei da selva”: vide, por exemplo, MINC, *Le nouveau moyen âge*, Paris, 1993, que alude, v.g., à América do Sul, “dont des régions entières sont sous la domination des rois du pavot, des empereurs de la cocaïne et autres trafiquants” (pág. 70).

2 CELSO RIBEIRO BASTOS, in CELSO RIBEIRO BASTOS - IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., S. Paulo, 1989, pág. 361; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, S. Paulo, 1990, pág. 82.

mos: a ninguém se deve negar o conhecimento do que outros sabem ou supõem saber a seu respeito, nem a possibilidade de contestar a exatidão de tais noções e, sendo o caso, retificar o respectivo teor, principalmente quando a utilização dos elementos coligidos seja capaz de causar dano material ou moral.³ É a essa específica preocupação que corresponde, na Constituição de 1988, o instituto de que nos vamos ocupar.⁴

4. A GARANTIA PROCESSUAL

O Capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos” não se limita, em nossa Carta Política, a definir posições jurídicas situadas no plano material: contempla igualmente uma série de remédios processuais cujo emprego se destina a assegurar praticamente, a um tempo, a integridade ou a reintegração dos direitos e o cumprimento dos deveres ou a imposição de sanções a quem os descumpra. Algumas dessas figuras já estavam incorporadas, desde época mais ou menos recente, ao repertório tradicional do ordenamento pátrio. Assim, por exemplo, o *habeas corpus* -instrumento de proteção contra “violência ou coação”, atual ou iminente, à liberdade de locomoção, isto é, ao direito de ir e vir (art. 5º, nº LXVIII)- e o mandado de segurança -cabível para proteger “direito líquido e certo” lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, nº LXIX)- são institutos consagrados de longa data em sucessivos textos constitucionais brasileiros.

A esse rol vê-se agora acrescentado o *habeas data*, por sugestão,⁵ de José Afonso da Silva. Parece dever-se ao ilustre professor da Universidade de S. Paulo não só o acolhimento da matéria no bojo da Constituição, senão também o *nomen iuris* dado ao remédio processual, com inspiração em terminologia usada na doutrina espanhola, em sentido diverso mas correlato.⁶ Eis o teor do dispositivo pertinente (art. 5º, nº LXXII): “Conceder-se-á *habeas*

3 Expressivamente fala MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *ob. cit.*, pág. 81, de “um direito à verdade a respeito de si próprio”.

4 Nada do que ficou dito é incompatível com o fato de que também em Estados de instituições democráticas mais longamente consolidadas haja o legislador sentido a conveniência ou a necessidade de regular a matéria. *Vide*, por exemplo, na Alemanha, a *Bundesdatenschutzgesetz* (Lei federal sobre proteção de dados), de 27.1.1977; na França, a Lei nº 78-17, de 6.1.1978, “relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”; na Itália, a recente Lei nº 675, de 31.12.1996, sobre a “tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”. *Cf.*, em nível constitucional, as disposições do texto espanhol (arts. 18, nº 4, e 105, letra b) e do português (arts. 26, nº 2, e 35). Outros dados comparatísticos em ROGÉRIO LAURIA TUCCI - JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, S. Paulo, 1989, págs. 175 e segs.; e em OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI, *Habeas data*, in *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. I, págs. 239 e segs.

5 Há quem aponte antecedentes mais distantes: OTHON SIDOU, *Habeas data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular - As garantias ativas dos direitos coletivos*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1992, refere-se à “Proposta de Constituição Democrática para o Brasil”, resultante do Congresso Pontes de Miranda, Porto Alegre, 1981, e à Lei estadual nº 842, de 28.12.1984, do Rio de Janeiro.

6 Veja-se o que informa o jurista mesmo, no artigo *Habeas data*, in *O São Paulo* de 26.9/2.10.1986, e no *Curso de Direito Constitucional positivo*, 14ª ed., S. Paulo, 1997, pág. 431.

data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Antes de passarmos adiante, cabe assinalar que, ao ver de alguns, não teria sido preciso criar remédio processual novo para tutelar o direito em foco. Consagrado que fosse este em termos substanciais, a respectiva proteção em juízo poderia utilizar, pura e simplesmente, a via já conhecida do mandado de segurança.⁷ A experiência, de certo modo, abona esse pensamento: com efeito, desde a entrada em vigor da Constituição, entendeu-se que era imediatamente aplicável, sem necessidade de aguardar-se regulamentação por lei ordinária, o inciso LXXII do art. 5º,⁸ e, na falta de disciplina legal específica, utilizaram-se⁹ as normas referentes ao mandado de segurança no processamento e julgamento dos *habeas data* (por sinal, escassos) impetrados. Seja como for, o fato é que, já completado o nono aniversário da Carta de 1988, produziu o Congresso Nacional a Lei nº 9.507, de 12.11.1997, que, nos termos da ementa, “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*” - e na qual, diga-se logo, se vieram a cancelar, consoante se frisarà nos momentos oportunos, soluções anteriormente propostas em sede doutrinária e, ao menos em parte, acolhidas pela jurisprudência.

5. SUJEITOS PASSIVOS

Uma das questões básicas que o legislador teve de enfrentar foi a de saber *em face de quem* se asseguram o acesso aos dados armazenados e o direito à eventual retificação. Prende-se o problema à expressão “caráter público”, empregada na parte final do art. 5º, nº LXXII, letra a, da Constituição, onde se fala em “registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público”. É fora de dúvida que a cláusula derradeira, sob pena de tornar-se supérflua e redundante, só pode aludir a entidades *não governamentais*.¹⁰

7 Assim, v.g., ROGÉRIO LAURIA TUCCI - JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *ob. cit.*, págs. 171/2; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *ob. cit.*, pág. 81; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1991, págs. 773/4; J.M. OTHON SIDOU, *ob. cit.*, pág. 431. No dizer de LUÍS ROBERTO BARROSO, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1993, pág. 217, a valia do remédio “é, no fundo, essencialmente simbólica”.

8 V.g.: CELSO RIBEIRO BASTOS, *ob. e vol. cit.*, págs. 365/6, com apoio em parecer normativo do então Consultor-Geral da República SAULO RAMOS, in *Diário Oficial*, Seção I, de 11.10.1988, págs. 19.804 e segs., especialmente 19.810/12; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *ob. e vol. cit.*, pág. 770; JOSÉ DA SILVA PACHECO, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, 2ª ed., S. Paulo, 1991, págs. 279/80.

9 Conforme sugerira, de resto, o próprio JOSÉ AFONSO DA SILVA, no art. *cit.* em a nota 6.

10 Com razão CALMON DE PASSOS, *Mandado de segurança coletivo - Mandado de injunção - Habeas data*, Rio de Janeiro, 1989, págs. 140/1; OTHON SIDOU, *ob. cit.*, pág. 437; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso cit.*, pág. 453. Inaceitável a opinião que pretendeu excluir da área de proteção do *habeas data*, pura e simplesmente, as entidades privadas: assim VICENTE GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*, S. Paulo, 1989, pág. 177.

Nessa linha, vários autores propuseram para o texto entendimento amplo, que o fizesse abranger, ao lado dos órgãos integrantes das estruturas estatais, essas outras entidades suscetíveis de enquadrar-se na locução final. As fórmulas, compreensivelmente, variaram. Houve quem conceituasse “entidade de caráter público” como “aquela que possui registros de assentamentos pessoais e os fornece a terceiros, isto é, não os detém para seu uso exclusivo, com vistas a definir suas opções e tomar decisões”;¹¹ quem se referisse às “pessoas privadas que prestem serviços públicos ou de utilidade pública, ou prestem serviços ao público”;¹² quem, de maneira mais sintética, fizesse residir a marca do “caráter público” na mera circunstância de poder a entidade, “através de registros públicos ou banco de dados, fornecer informações sobre a pessoa”.¹³

O legislador, com acerto, deixou-se guiar por semelhante orientação. Nos termos do parágrafo único do art. 1º, “considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”. A idéia essencial, como se vê, é a da comunicabilidade a terceiros: se a entidade se cinge a coligir e armazenar os dados *para seu próprio e exclusivo uso*, não infringirá a Constituição caso negue à pessoa de quem se trata o acesso ao conteúdo dos registros ou bancos. Note-se, porém, que a lei não reclama a transmissão *atual*: contenta-se com a *possibilidade* dela. Isso reduz consideravelmente a área excluída da proteção, na qual só acharão espaço as situações em que fique clara a *impossibilidade* da comunicação a terceiros pela entidade depositária das informações.

Exemplos típicos de entidades “de caráter público” são os serviços de proteção ao crédito, cujos registros naturalmente se destinam à orientação dos respectivos usuários. Já assim se ensinava antes mesmo do advento da Lei nº 9.507.¹⁴

6. O PRÉ-REQUISITO DA TENTATIVA EXTRAJUDICIAL

Outra questão relevante consiste em saber se deve ou não exigir-se, como pressuposto de admissibilidade da ação de habeas data, que aquele que pretende inteirar-se do conteúdo do registro ou banco de dados se dirija, antes de mais nada, à própria entidade que o mantém. Afirmativa que seja a resposta, parece lógico que unicamente se abra a via judicial na hipótese de recusa ao acesso ou à retificação cabível.

O ponto foi objeto de controvérsia no período anterior à Lei nº 9.507. Parte da doutrina considerou dispensável a provocação prévia da entidade supostamente depositária da informa-

11 CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, pág. 141.

12 LUÍS ROBERTO BARROSO, *ob. cit.*, pág. 218.

13 ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3, 4ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 208.

14 V.g.: JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *ob. e vol. cit.*, pág. 774; CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, pág. 141; LUÍS ROBERTO BARROSO, *ob. cit.*, pág. 218; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso cit.*, pág. 433; DIOMAR ACKEL FILHO, *Writs constitucionais*, S. Paulo, 1988, pág. 124.

ção.¹⁵ A jurisprudência, entretanto, inclinou-se para a tese contrária.¹⁶ Não configurada a resistência da entidade, faltaria ao impetrante interesse processual.

Optou o legislador pela solução restritiva. Com efeito: antes de disciplinar o processo do *habeas data*, cuida a Lei nº 9.507, nos arts. 2º a 4º, do requerimento a ser feito pelo interessado “ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados”; e, ao tratar da petição inicial da ação, no art. 8º, preceitua que ela seja instruída com prova da recusa em atender a tal requerimento, sob pena de -com a ressalva que adiante se fará (*infra*, nº 10)- indeferi-la o juiz *in limine* (art. 10, caput). É certo que não se exige manifestação expressa do órgão ou entidade: basta ao impetrante provar que se escoou o prazo legal sem decisão sobre o requerimento, o que caracterizará recusa tácita.

7. PROCEDIMENTO DA TENTATIVA EXTRAJUDICIAL

Convém descrever sumariamente o procedimento dessa medida extrajudicial arvorada pelo legislador em pré-requisito da admissibilidade da ação de *habeas data*. De acordo com o art. 2º e seu parágrafo único da Lei nº 9.507, uma vez apresentado o requerimento, deve o órgão ou entidade destinatária deferi-lo ou indeferi-lo no prazo de 48 horas e comunicar a decisão ao requerente em 24 horas (nas 24 horas subseqüentes, entende-se). O contexto mostra que, em princípio, o escopo desse requerimento é o acesso do interessado ao conteúdo do registro ou banco de dados. Bem se compreende, aliás, que normalmente não possa ele, até então, requerer outra coisa, por ignorar o que consta ali. Se, contudo, em hipótese especial, o interessado já tiver ciência daquele conteúdo (por exemplo, mediante certidão que lhe haja sido expedida pela repartição administrativa), afigura-se evidente a possibilidade, que desde logo se lhe abre, de requerer diretamente a retificação a seu ver cabível.

No comum dos casos, repita-se, pedirá o requerente que se lhe exibam os elementos constantes do registro ou do banco de dados. É para a decisão sobre esse pedido que o art. 2º,

¹⁵ Nesse sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 365; enfaticamente, OTHON SIDOU, *ob. cit.*, págs. 440/2 (admitindo embora que a lei regulamentadora viesse a formular a exigência - o que em todo caso, ao ver do autor, desvirtuaria o instituto “enquanto garantia constitucional célere”). Aliter CÉLIO BORJA, *O mandado de injunção e o habeas data*, in Revista Forense, vol. 306, pág. 47, o qual, todavia, se contentava com a “negativa... tácita do fornecimento da informação” - e, ajunte-se, levava em conta exclusivamente o caso de registros ou bancos de dados mantidos *pela Administração Pública*. Igual limitação, compreende-se (*vide supra*, a nota 9) em VICENTE GRECO FILHO, *ob. cit.*, pág. 177, que porém chegava à conclusão oposita: “A impetração não depende de prévio pedido administrativo”.

¹⁶ Assim, v.g., o extinto Tribunal Federal de Recursos, 16.3.1989, H.D. nº 7, in *Diário da Justiça* de 15.5.1989; o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 6.10.1994, A.C. nº 94.05.57164, in *A Constituição na visão dos tribunais*, vol. 1, S. Paulo, 1997, pág. 168; o Superior Tribunal de Justiça, *Súmula da Jurisprudência Predominante*, nº 2. Em igual sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em 19.9.1991, Rec. de H.D. nº 22, in *Diário da Justiça* de 1º.9.1995, pág. 27.378. Preconizava essa orientação, em sede doutrinária, JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *ob. e vol. cit.*, págs. 772/3, o qual formulava o

fine, marca o prazo de 48 horas. Não diz a lei, porém, que consequência acarreta a inobservância de tal prazo, nem a do prazo de 24 horas fixado para a comunicação da decisão ao requerente. Note-se que para caracterizar a recusa tácita, e por conseguinte abrir a via judicial ao interessado, é mister que decorram “mais de dez dias sem decisão” (art. 8º, parágrafo único, nº I). O art. 6º do texto aprovado pelo Congresso Nacional cominava multa para “o descumprimento do disposto nos artigos anteriores”, entre os quais certamente se incluía o art. 2º; mas semelhante dispositivo veio a ser vetado pelo Presidente da República.¹⁷

Deferido o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, o depositário “marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações” (art. 3º, *caput*). Então, uma de duas: ou estas se afiguram exatas, ou não. No primeiro caso, *tollitur quaestio*; no segundo, “o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação” (art. 4º, *caput*). Fazendo-a, no decêndio seguinte à entrega do requerimento, a entidade ou órgão disso dará ciência ao interessado (art. 4º, § 1º). Concebe-se que este, embora não descubra propriamente inexatidão, queira fazer constar do registro ou do banco de dados “explicação ou contestação” a respeito, “justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado”. Em tal hipótese, a explicação “será anotada no cadastro do interessado” (art. 4º, § 2º).

A recusa da entidade ou órgão depositário, em qualquer caso - indeferindo o requerimento de acesso ao registro ou banco de dados, ou rejeitando o pedido de retificação, ou ainda negando-se a inserir a “explicação ou contestação” - justifica o exercício, pelo interessado, da ação de habeas data.

8. A AÇÃO DE *HABEAS DATA*

De tal remédio judicial tratam os arts. 7º e segs. da Lei nº 9.507. O primeiro dispositivo enumera, em três incisos, os casos de cabimento, correspondentes às três hipóteses de recusa, acima discriminadas, da entidade ou órgão depositário. Pode exercitar-se a ação de *habeas data* com o fito de compelir o impetrado a dar conhecimento ao impetrante de informações a este relativas (inciso I), a retificar os dados inexatos (inciso II) ou a fazer a anotação pleiteada nos respectivos assentamentos (inciso III).

Esse texto conjuga-se com o do art. 8º, parágrafo único, também desdobrado em três incisos, que impõem ao impetrante instruir a petição inicial com a prova da recusa expressa ou tácita da entidade ou órgão a atender ao requerimento de acesso (inciso I), ou de retificação (inciso II), ou de anotação (inciso III). Caracteriza recusa tácita o decurso, sem decisão, de “mais de dez dias” no primeiro caso, e de “mais de quinze dias”, nos outros dois.

Observe-se que a Lei nº 9.507 ampliou em certa medida o âmbito do remédio previsto

voto (atendido) de que viesse a esposá-la a “futura norma regulamentadora”.

no art. 5º, nº LXXII, da Constituição da República. Só se refere esse dispositivo ao “conhecimento de informações” (letra a) e à “retificação de dados” (letra b). O legislador ordinário aditou uma terceira possibilidade: a da anotação, nos assentamentos da entidade ou órgão, da “contestação ou explicação” do interessado. Por via indireta, alargou a franquia constitucionalmente deferida: não se reconhece apenas um direito *ao conhecimento* de dados ou *à retificação* dos inexatos, mas também *à anotação de contestações* ou *explicações*. Sublinhe-se que *anotar* contestação ou explicação não é o mesmo que *retificar* dado constante do banco ou registro: na retificação, modifica-se (ou, eventualmente, *cancela-se*)¹⁸ algo; na anotação, *acrescenta-se* algo ao que consta do banco ou registro.

A ampliação não merece censura do ponto de vista constitucional: o que a lei ordinária não poderia fazer é estreitar, diminuir, restringir o campo de atuação do habeas data, delimitado na Carta Política. De resto, apesar da diferença ontológica, se o remédio se presta à consecução de providência *mais intensa* (retificação de dados), é razoável admitir, *a fortiori*, que se preste à de providência *menos intensa* (simples anotação de explicações fornecidas pelo requerente, sem alteração dos assentamentos existentes).

9. LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA A CAUSA

Importa precisar *quem* se habilita a pleitear o conhecimento e, eventualmente, a retificação (ou complementação) dos dados constantes de registros ou bancos. É o problema que, na linguagem científica do processo, se designa pela expressão “legitimação ativa para a causa”.

O art. 5º do texto constitucional ministra um primeiro dado relevante, quando, na letra a do inciso LXXII, alude a “informações relativas à pessoa do impetrante”. Daí se tira imediatamente que não é lícito a quem quer que seja utilizar o *habeas data* para obter informações (menos ainda para tentar retificá-las) que digam respeito a *outrem*.¹⁹ Entretanto, não se há de inter-

17 Vide o *Diário Oficial*, Seção I, de 13.11.1997, pág. 26.158.

18 CELSO RIBEIRO BASTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 364, já sustentava, à vista do texto constitucional, que a locução “retificação de dados” devia “ser entendida amplamente para incluir a própria supressão quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa”.

19 Afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso cit.*, pág. 432, que “o direito de conhecer e retificar os dados, assim como o de interpor o habeas data para fazer valer esse direito quando não espontaneamente prestado, é personalíssimo do titular dos dados” (grifos do autor). Em igual sentido: ROGÉRIO LAURIA TUCCI - JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *ob. cit.*, pág. 180; CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, págs. 144/5 (onde se repele até, expressamente, a possibilidade da substituição processual do interessado por sindicato ou entidade de classe, bem como a sucessão na pendência do feito); ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 208; VICENTE GRECO FILHO, *ob. cit.*, pág. 176; DIOMAR ACKEL FILHO, *ob. cit.*, pág. 121 (o qual, todavia, abre exceção para o herdeiro legítimo e o cônjuge supérstite no que tange a dados concernentes à pessoa falecida); menos categórico, LUÍS ROBERTO BARROSO, *ob. cit.*, pág. 218. Mais flexível que a predominante é a posição de OTHON SIDOU, *ob. cit.*, pág. 436, para quem as informações pretendidas não se restringem necessariamente “ao indivíduo *uti singuli*”, senão que podem abranger “as demais pessoas sob sua dependência familiar”; registre-se, aliás, que também JOSÉ AFONSO DA SILVA, *ob. cit.*, pág. 282, inclui entre as informações pessoais “as dos familiares”. Vide, na

pretar a palavra “pessoa” como adstrita a indicar características somáticas ou psíquicas, físicas ou espirituais do interessado: pode tratar-se igualmente de sua situação patrimonial, de sua condição jurídica, de sua participação em sociedades ou associações, de sua filiação (atual ou pretérita) a entidades políticas, a clubes, a agremiações de qualquer natureza, e assim por diante.²⁰ Em suma: não se compreende apenas aquilo que distingue o impetrante, em sua singularidade ontológica, de todos os outros indivíduos da espécie, mas também os mais variados aspectos de sua vida de relação na sociedade.

Nada importa que se cogite de pessoa física ou jurídica:²¹ o texto constitucional não distingue, e com referência ao mandado de segurança foi sempre esse o entendimento dominante. Ademais, não obstante a letra à primeira vista limitativa do art. 5º, *caput* (*verbis* “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”), a melhor interpretação, ao nosso ver, é a que estender a franquia inclusive aos estrangeiros *não* residentes. Já sob regimes constitucionais anteriores, negava a doutrina mais autorizada que ficassem tais estrangeiros totalmente a descoberto da proteção assegurada por esse tipo de garantias;²² e não é outro, hoje, o ensinamento mais prestigioso.²³

10. AS ESPÉCIES DE PEDIDO E A ESTRUTURA DO PROCESSO

Consoante se explicou (*supra*, nº 7), ao dispor sobre o procedimento prévio perante a entidade ou órgão depositário das informações, contemplou a Lei nº 9.507, em termos expressos, a possibilidade do respectivo desdobramento em duas fases: uma destinada a dar a conhecer ao requerente o teor dos dados constantes do registro ou banco (art. 3º); outra, eventual, em que se tratará da retificação dos dados porventura inexatos, ou da anotação de “explicação ou contestação” fornecida pelo interessado (art. 4º, *caput* e § 2º). Ressalvou-se, então, a hipótese de já ter o requerente ciência do teor dos assentamentos, e por isso interessar-lhe exclusivamente a retificação e/ou a anotação - caso em que, como é intuitivo, nada mais precisará requerer que uma dessas últimas providências, ou ambas.

jurisprudência: recusando legitimidade a sindicatos, TRF - 1ª R., 3.9.1990, RHD nº 0117170, *in D.J.* de 24.9.1990, pág. 22.052, e TRF - 4ª R., 28.6.1991, AHD nº 0409595, *in D.J.* de 21.8.1991, pág. 19.494; afirmando o caráter personalíssimo da garantia e excluindo a possibilidade de seu exercício por substituto processual ou por ação coletiva, TRF - 4ª R., 15.8.1991, HD nº 0409112, *in D.J.* de 11.9.1991, pág. 21.820; negando a legitimação de parente de pessoa desaparecida, TRF - 1ª R., 25.10.1994, Apel. em MS nº 0102148, *in D.J.* de 24.11.1994, pág. 67.984.

20 Mais restritiva a opinião de JOSÉ DA SILVA PACHECO, *ob. cit.*, pág. 278.

21 Contra a segunda possibilidade, sem fundamentação convincente: CELSO RIBEIRO BASTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 363. Corretamente, HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança - Ação popular - Ação civil pública - Mandado de injunção - Habeas data*, 17ª ed., atualizada por ARNOLDO WALD, S. Paulo, 1996, pág. 186; na jurisprudência, TRF - 2ª R., 8.11.1995, Apel. Cív. nº 0218225, *in D.J.* de 30.1.1996, pág. 3.224.

22 V.g., PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, t. IV, S. Paulo, 1967, pág. 700.

23 Assim: PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição brasileira*, 1º vol., S. Paulo, 1989, pág.

Na disciplina do processo judicial, não se enxerga a previsão de desdobramento análogo. O art. 13, atinente à sentença que julga procedente o pedido, cuida em separado de duas hipóteses, ordenando ao juiz marcar dia e hora para que o impetrado “apresente ao impetrante as informações a seu respeito” (inciso I) *ou* (atente-se na conjunção alternativa) “apresente em juízo a prova da retificação ou da anotação feita nos assentamentos do impetrante” (inciso II; melhor seria dizer: “nos assentamentos relativos ao impetrante”). O legislador, tem-se a impressão, pressupôs que a este por força interessará, alternativamente, uma de duas providências: o acesso aos dados ou então a retificação ou anotação.

Quid iuris, no entanto, se o interessado, ignorante do teor dos assentamentos, quiser tomar ciência deles *e mais*, sendo o caso, promover-lhes a retificação (ou, ajunte-se, fazer inserir sua “explicação ou contestação”)? Antes da Lei nº 9.507, sustentava doutrina autorizada²⁴ que um único e mesmo processo bastaria para perseguir ambas as finalidades. Do ponto de vista procedimental, dois caminhos seriam viáveis: ou (a) impor-se ao impetrante pleitear, *ab initio* e desde logo, o acesso aos dados e, se inexistente, a retificação ou anotação cabível; ou então (b) abrir-se-lhe, após a exibição dos assentamentos, nova oportunidade para, querendo, pedir a retificação ou anotação. A preferência pelo segundo caminho implicaria desdobramento do processo judicial em duas fases, à semelhança do previsto nos arts. 3º e 4º do diploma regulamentador, quanto ao procedimento da tentativa prévia de solução extrajudicial.

O assunto não recebeu do legislador ordinário a devida atenção. Suponhamos que o juiz, dando pela procedência do pedido de acesso aos dados, marque dia e hora para a respectiva apresentação e, cumprida a ordem, venha o impetrante a verificar a existência de inexatidões até ali ignoradas. Não esclarece a lei como se há de acudir a tal emergência. Seria manifesto despropósito atribuir ao interessado o ônus de impetrar novo *habeas data*, para pedir, dessa vez, a retificação e/ou a anotação. Por outro lado, nem sempre lhe será fácil, ou sequer possível, demandar desde o começo a exibição e a retificação ou anotação: o conhecimento do teor dos dados, em regra, constituirá pressuposto necessário do interesse na alteração ou no aditamento (*supra*, nº 7). Nada no texto legal autoriza a ilação de que o impetrante precise, na inicial, *cumular* os pedidos: ele fica livre, sem dúvida, de cumulá-los, se quiser e puder; é o máximo que cabe dizer.

Subsiste, pois, o problema: como proceder, na hipótese de, julgado procedente o pedido de acesso aos dados, e exibidos estes, parecer ao impetrante necessário que se retifiquem, ou que se insira nos assentamentos “explicação ou contestação”? Não vemos outra saída senão o prosseguimento do processo, para esse outro fim, com repetição das providências destinadas a assegurar o contraditório sobre o novo thema decidendum (art. 9º; vide, *infra*, o nº 11). Há desvantagens óbvias, entre elas a de gerar a possibilidade de duas sentenças, à feição do que ocorre no processo da ação de prestação de contas ex art. 915 do Código de Processo Civil; mas não nos ocorre alternativa melhor.²⁵

59; CELSO RIBEIRO BASTOS, *ob. e vol. cit.*, pág. 4.

24 *Vide*, por todos, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso cit.*, págs 432/3.

25 Em trabalho anterior à Lei nº 9.507, escrevia CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, pág. 153: “... no

11. PROCEDIMENTO

O procedimento estabelecido pelos arts. 8º e segs. da Lei nº 9.507 segue, em linhas gerais, o padrão do mandado de segurança, tal como configurado na Lei nº 1.533, de 31.12.1951. Somando-se à patente afinidade entre os dois institutos, isso autoriza a fácil inferência de que, em princípio, as lacunas do novo diploma legal devem ser complanadas mediante aplicação analógica das disposições do anterior. Naturalmente, não se exclui -do mesmo modo que no mandado de segurança- a aplicabilidade subsidiária das regras comuns, contidas no Código de Processo Civil, em tudo que não tiver disciplina específica na Lei nº 9.507 e for compatível com sua sistemática.

Da escolha do modelo decorre a simplicidade e (espera-se) a celeridade do rito. A petição inicial, que preencherá os requisitos habituais (arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil), será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia junta à segunda (art. 8º, *caput*). Entre os documentos indispensáveis, como já se disse (supra, nº 6), figura -conforme a hipótese- a prova da recusa expressa do impetrado ao acesso às informações, à retificação, à anotação, ou a prova do decurso *in albis* do prazo legalmente marcado (recusa tácita) (art. 8º, incisos I a III).

Sujeita-se a petição inicial, como a de qualquer ação, ao controle liminar do juiz, que a indeferirá “quando não for o caso de *habeas data*, ou se lhe faltar algum dos requisitos previstos” (art. 10, *caput*). Não deve o órgão judicial, entretanto, indeferir a inicial sem antes conce-

particular do *habeas data* para retificação, a única peculiaridade que vislumbramos é a da possibilidade de seu ajuizamento conexo ao *habeas data* impetrado para obter as informações. Segundo já esclarecido, prestadas as informações pelo impetrado, pode o impetrante discordar delas, pedindo sua retificação (aditamento, eliminação, correção do que nelas consta etc.), e isso em verdade não é mais do que o *habeas data* da alínea b, embutido no processo relativo à hipótese da alínea a, possível pela conexão, que reclama simultâneo processamento e julgamento, dado o reflexo do *habeas data* retificador sobre o conteúdo da decisão no *habeas data* ajuizado para obter as informações” (grifos do original). O primeiro período transcrito sugere a idéia de cumulação originária dos pedidos - em nossa opinião, como ficou dito no texto, viável, mas pouco provável. Quanto à eventualidade da discordância do impetrante com o teor dos assentamentos exibidos, parece difícil, para dizer o menos, o cogitado “simultâneo processamento e julgamento”. Com efeito: a discussão acerca da retificação -e, a fortiori, a respectiva decisão- pressupõem já decidido favoravelmente ao impetrante o pedido de informações (o único até então formulado, ao que tudo faz crer), e até já “prestadas” aquelas, conforme assinala o próprio autor. Tampouco soa compreensível a alusão ao “reflexo do *habeas data* retificador sobre o conteúdo da decisão no *habeas data* ajuizado para obter as informações”. O contrário é que se nos afigura verdadeiro: cabe à decisão sobre o pedido de informações a prioridade lógica sobre a outra; antes de mais nada se decide se o impetrante tem o direito de acesso aos dados, depois se examinam as possíveis objeções à respectiva exatidão. Acrescente-se que a segunda decisão não fica condicionada à primeira em seu conteúdo, senão em sua existência mesma: rejeitado o pedido de informações, nem sequer se vai adiante; acolhido, passa-se ao resto, sem que fique em absoluto predeterminado o sentido em que se julgará a pretensão à retificação (o impetrante pode ter razão em querer conhecer os dados e não a ter em querer retificá-los). A questão primeiramente decidida caracteriza-se como preliminar, não como prejudicial, da outra (sobre a distinção entre os conceitos, *vide* BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993,

der ao impetrante o prazo de dez dias, para suprir deficiências ou corrigir outros defeitos sanáveis (Código de Processo Civil, art. 284). Nos termos do art. 10, *caput*, “do despacho de indeferimento caberá recurso previsto no art. 15” (a publicação oficial omitiu, à evidência, o artigo “o” antes de “recurso”). Infeliz a redação: chama “despacho” a ato que, pondo fim ao processo no nascedouro, a observar-se a terminologia do Código (art. 162, § 1º) sem dúvida constitui “sentença”, tanto quanto a decisão concessiva ou denegatória do *habeas data*, de que fala o art. 15.

Deferida que seja a petição, *ab initio* ou após a emenda ou complementação tempestiva, “o juiz ordenará que se notifique o coator do conteúdo da petição, entregando-lhe a segunda via apresentada pelo impetrante, com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de dez dias, preste as informações que julgar necessárias” (art. 9º). “Feita a notificação, o serventário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao coator, bem como a prova da sua entrega a este ou da recusa, seja de recebê-lo, seja de dar recibo” (art. 11). Ao cabo do decêndio fixado no art. 9º, haja sido apresentada ou não a resposta (que a lei denomina “informações”), encaminham-se os autos ao Ministério Público, para que emita parecer em 5 dias, e em seguida ao juiz, para que decida, também num quinqüídio (art. 12).

12. SENTENÇA

A sentença, concessiva ou denegatória do *habeas data* em primeiro grau de jurisdição, é impugnável por apelação (art. 15, *caput*, aliás supérfluo: no silêncio da lei, incidiria de qualquer jeito o art. 513 do Código de Processo Civil). Há uma peculiaridade: no caso de acolhimento do pedido, o recurso é desprovido de efeito suspensivo - ou, consoante preferiu dizer o legislador, “terá efeito meramente devolutivo” (art. 15, parágrafo único). Significa isso que o impetrado deve cumprir a sentença incontinenti, tão logo lhe seja comunicado o respectivo teor, “por correio [passe o cacófato!], com aviso de recebimento, ou por telegrama, radiograma ou telefonia, conforme o impetrante o requerer” (art. 14, *caput*), exigido o reconhecimento da firma do juiz nos originais apresentados à agência expedidora, no caso de transmissão telegráfica, radiônica ou telefônica (art. 14, parágrafo único).

Diversamente do que se dá com o mandado de segurança, ex vi do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533, não existe, para o *habeas data*, determinação legal de que a sentença concessiva da medida fique obrigatoriamente sujeita à revisão em segundo grau de jurisdição; mas, se o impetrado vencido for órgão da União, do Estado ou do Município, será de rigor o reexame, por aplicação subsidiária da regra do art. 475, nº II, do Código de Processo Civil.

Isso não obsta, convém ressaltar, a que o órgão tenha de cumprir desde logo a sentença. Parece impróprio falar em “execução”, no sentido técnico: não há, a rigor, *condenação* cujo descumprimento dê ensejo à instauração de processo executivo. Julgado procedente o pedido, o órgão judicial emite uma *ordem* dirigida ao coator, para que, no dia e hora fixados, apresente as informações requeridas ou a prova da retificação ou anotação (art. 13; cf., *supra*, o nº 9). À luz

da classificação adotada por parte expressiva da doutrina brasileira, estamos aqui diante de sentença tipicamente *mandamental*.²⁶ A omissão voluntária e injustificada em cumprir a ordem pode configurar crime de desobediência por parte do agente responsável (Código Penal, art. 330). Não fica afastada a imposição de multa diária ao impetrado, com base no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil: invidiosa, ao nosso ver, a analogia, pois aqui também se cogita de ação cujo objeto é o cumprimento de obrigação (*lato sensu*) de fazer.

13. SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO CUMPRIMENTO DA ORDEM

No tocante ao mandado de segurança, inovação introduzida pela Lei nº 4.348, de 26.6.1964, abriu à pessoa jurídica de direito público interessada a faculdade de requerer ao presidente do tribunal competente para julgar o recurso a suspensão provisória da “execução” da ordem favorável ao impetrante, por hipótese concedida quer *in limine litis*, quer na sentença. Talvez haja, com efeito, ponderáveis razões de interesse público a desaconselhar o cumprimento imediato, visto como causador de dano irreparável ou de difícil reparação, a mostrar-se afinal injusto se porventura provido o recurso e denegada a segurança na instância superior. Tomou-se a louvável cautela de restringir expressamente a possibilidade da suspensão aos casos em que necessária para “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. Tal disposição seria reproduzida, no que tange à concessão *in limine litis*, na disciplina da chamada ação civil pública, exercitável para promover a responsabilidade por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, e ainda por infração da ordem econômica (Lei nº 7.347, de 24.7.1985, art. 1º). O requisito da “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” aparece igualmente no art. 4º, caput, da Lei nº 8.437, de 30.6.1992, o qual dispõe sobre a suspensão de liminares concedidas contra atos do Poder Público ou seus agentes; aí se acrescenta a exigência de ser o caso “de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade”.

Afigurou-se ao legislador que emergências do mesmo tipo seriam concebíveis no *habeas data*. E realmente se imagina com facilidade que a infundada concessão da medida por erro do juiz venha a ser cassada em grau de recurso, sem que se torne possível, a essa altura, restaurar o primitivo estado de coisas. Uma retificação de assentamentos é, em princípio, suscetível de ser desfeita, mas não haverá como desfazer a revelação ao impetrante de dado constante de re-

págs. 599/600).

²⁶ Cf. JOSÉ DA SILVA PACHECO, *ob. cit.*, pág. 273. VICENTE GRECO FILHO, *ob. cit.*, pág. 175, distingue: a ação de *habeas data* -e, por conseguinte, entende-se, a sentença de procedência- seria mandamental na hipótese da letra *a* do dispositivo constitucional (direito ao conhecimento dos dados), mas constitutiva na da letra *b* (direito à retificação), porque neste segundo caso se pleiteia “a modificação do mundo jurídico”. O argumento seria convincente se a sentença concessiva, por virtude própria, lograsse concretizar a modificação, pô-la em ato, como fazem as verdadeiras sentenças constitutivas (de anulação de casamento ou testamento, de divórcio etc.). Aqui, é outra coisa que sucede: tal qual na hipótese da letra *a*, o juiz (*rectius*: a sentença) não modifica por si assentamento algum: ordena, isso sim, que o impetrado

gistro ou banco: aí, *quod factum est infieri nequit*. Compreende-se, por conseguinte, que também a Lei nº 9.507 haja tratado de consagrar, no art. 16, mecanismo semelhante ao descrito acima.

Ao fazê-lo, porém, desprezou o cuidado de indicar as hipóteses que legitimam a suspensão, afastando-se do modelo inspirador. Lido à pressa, o art. 16 da Lei nº 9.507 sugere que se pode requerer a providência *em qualquer caso*, exista ou não exista relevante interesse público em jogo. E, ao contrário dos outros diplomas mencionados, nem sequer se impõe ao presidente do tribunal que fundamente a decisão suspensiva. É verdade que, a partir da entrada em vigor da Carta de 1988, preceitos desse gênero se tornaram supérfluos: a exigência da fundamentação está hoje posta em nível constitucional (art. 93, nº IX) e prevalece mesmo no silêncio da lei ordinária. Contudo, a presença da cláusula nos textos mencionados acima tem a utilidade prática de pôr em relevo que o requerimento de suspensão só pode ser deferido com base na efetiva ocorrência, inequivocamente comprovada e demonstrada na motivação da sentença, de uma ou mais de uma daquelas situações previstas (perigo de grave lesão à ordem pública, ou à saúde pública etc.).

Não soa razoável que se tenha querido deixar a suspensão da ordem à inteira discricção do presidente do tribunal. Pensamos que também no particular há lacuna da Lei nº 9.507, a ser complanada mediante a aplicação das disposições análogas correspondentes.²⁷ Impende ajuntar que a decisão do presidente do tribunal comporta impugnação por meio de agravo para o próprio tribunal (art. 16, *fine*).

14. COISA JULGADA

De acordo com o art. 18 da Lei nº 9.507, “o pedido de *habeas data* poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”. Aqui se depara, igualmente, disposição mutuada da Lei nº 1.533 (art. 16), relativa ao mandado de segurança. A esse respeito, superadas incertezas iniciais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veio a firmar-se no sentido de que, se denegada a segurança por entender-se *inexistente* o direito alegado pelo impetrante, a decisão é suscetível de produzir coisa julgada material, a impedir qualquer nova apreciação judicial da lide.²⁸

É o entendimento que sem dúvida prevalecerá quanto ao *habeas data*. Suponhamos, por exemplo, que alguém pleiteie, por essa via, a retificação de dado constante de registro ou banco, mas o juiz, examinando a matéria, não descubra a suposta inexatidão. A sentença denegará a ordem, declarando que o assentamento é exato e, portanto, o impetrante não tem o direito de

proceda à modificação.

27 Há precedente judicial: o TRF - 4ª R., em 22.9.1993, Agr. Reg. na Susp. de Seg. nº 0430502, *in D.J.* de 17.11.1993, pág. 49.087, entendeu aplicável ao *habeas data* a norma do art. 4º da Lei nº 8.437.

28 *Vide referências em THEOTONIO NEGRÃO, Código de Processo Civil e legislação processual*

vê-lo modificado. Inexiste motivo para recusar a tal sentença a aptidão para revestir-se *da auctoritas rei iudicatae* no sentido material.²⁹ É essa autoridade, e não qualquer *aliud*, que impedirá o órgão judicial, noutro eventual processo, de rejudgar a lide.

Diferentemente se passam as coisas quando a sentença puser termo ao feito sem apreciação do mérito. Por exemplo: o *habeas data* foi impetrado por pessoa diversa daquela a quem dizem respeito as informações a que se pretende ter acesso. Falece ao impetrante legitimação ativa para a causa (cf., supra, nº 9). O caso é de extinção do processo sem julgamento *de meritis*, e não haverá coisa julgada material. A disciplina da matéria não discrepa, em suma, da consagrada na Código de Processo Civil.

15. COMPETÊNCIA: A) ORIGINÁRIA

Está regulada, em grande parte, na própria Constituição a competência para conhecer de *habeas data* e julgá-lo. No grau inferior de jurisdição, ela se reparte entre a Justiça federal e a Justiça dos Estados. São competentes os juízes federais para os *habeas data* impetrados contra autoridade federal, excetuados os casos de competência originária de tribunais federais (art. 109, nº VIII). Os juízes estaduais têm competência residual: exercem-na quando não haja disposição que a atribua ou aos juízes federais ou, originariamente, a algum tribunal.

A competência originária pertence: a cada um dos Tribunais Regionais Federais, para os *habeas data* contra o próprio tribunal ou órgão inferior da Justiça federal (art. 108, nº I, letra c); ao Superior Tribunal de Justiça, para os *habeas data* contra Ministro de Estado ou o próprio tribunal (art. 105, nº I, letra b); ao Supremo Tribunal Federal, para os *habeas data* contra o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, o Tribunal de Contas da União, o Procurador-Geral da República ou o próprio tribunal (art. 102, nº I, letra d).

Todas essas regras foram reproduzidas no art. 20, nº I, letras *a, b, c, d, f*, da Lei nº 9.507. A letra *e* trata de hipótese não contemplada *expressis verbis* na Carta Política da União: a da competência originária de tribunal estadual. Na conformidade da cláusula final, a matéria ficará sujeita ao “disposto na Constituição do Estado” - o que se harmoniza com a norma do art. 125, § 1º, da Constituição federal: “A competência dos tribunais [estaduais] será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária da iniciativa do Tribunal de Justiça”.

em vigor, 28ª ed., S.Paulo, 1997, pág. 1.139, nota 1 ao art. 16 da Lei nº 1.533.

²⁹ Pouco persuasiva a argumentação (antes da Lei nº 9.507) de CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, pág. 154, o qual parece levar em conta apenas a hipótese de concessão da ordem. Escreve esse autor: “Renovado um pedido de *habeas data* a respeito da mesma pessoa e em relação ao mesmo sujeito passivo, o que há e opera com força obstativa do *bis in idem* não é a coisa julgada, sim o adimplemento, como a prova do pagamento extingue a execução que se renove com base no mesmo título executivo”. Deixando de lado outros aspectos da questão, objetaríamos que, no exemplo figurado em nosso texto, não há cogitar de *adimplemento*. Tanto basta para infirmar o asserto, feito *sic et simpliciter*, de que é “inadequado

16. COMPETÊNCIA: B) RECURSAL

Também se encontram na Carta da União regras sobre a competência para conhecer de recurso interposto contra decisão em *habeas data*. Se ela emanar de juiz federal, competente para julgar a apelação será o Tribunal Regional Federal (art. 108, nº II, onde a palavra “causas” abrange, à evidência, a de que estamos cuidando, objeto de menção específica, quanto ao primeiro grau, no art. 109, nº VIII); a Lei nº 9.507 repete a disposição no art. 20, nº II, letra *c*. Sendo a decisão proferida em única instância por qualquer dos tribunais superiores, e *denegatória*,³⁰ o recurso cabível é o ordinário, e a competência recursal é do Supremo Tribunal Federal (art. 102, nº II, *a*, reproduzido no art. 20, nº II, letra *a*, da Lei nº 9.507). Pode ainda caber a competência recursal aos tribunais estaduais e ao do Distrito Federal e Territórios, “conforme dispuserem a respectiva Constituição e a lei que organizar a Justiça do Distrito Federal” (Lei nº 9.507, art. 20, nº II, letra *d*).

Falta aludir a um caso peculiar. Na enumeração das hipóteses de competência recursal do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, nºs II e III), a Constituição da República nada contém de específico acerca do *habeas data*. No que toca a recursos contra decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais, há apenas duas referências: a do nº II, letra *b*, atinente ao recurso ordinário em “mandados de segurança decididos em única instância” por esses tribunais, “quando denegatória a decisão”; e a do nº III, concernente ao recurso especial cabível, em determinadas hipóteses, nas “causas decididas, em única ou última instância”, pelos mesmos Tribunais Regionais Federais (em ambos os textos se faz menção a outros tribunais, que aqui não interessam). No entanto, lê-se no art. 20, nº II, letra *b*, da Lei nº 9.507, que o julgamento do *habeas data* compete, em grau de recurso, ao Superior Tribunal de Justiça, “quando a decisão for proferida em única instância pelos Tribunais Regionais Federais”.

O dispositivo gera problema hermenêutico de difícil solução. Não se sabe se pretendeu somente -à semelhança de vários outros do art. 20- reiterar previsão constitucional, ou se visou a abrir via recursal não contemplada na Lei Maior. Neste último caso, expõe-se à arguição de inconstitucionalidade, desde que se adote a premissa de que a competência do Superior Tribunal de Justiça se acha *exaustivamente* definida na Constituição e não pode ser ampliada por lei ordinária.³¹ No primeiro, a única possibilidade consiste em entendê-lo como referente ao recur-

falar-se em coisa julgada material no *habeas data*”.

30 Na interpretação do art. 102, nº II, letra *a*, e 105, nº II, letra *b*, da Carta da República, que usam o adjetivo com relação a decisões em mandado de segurança, os tribunais têm atribuído à expressão sentido largo, a compreender não só as decisões desfavoráveis *de meritis* ao impetrante, mas também as que extinguem o processo do mandado de segurança sem apreciação do mérito: *vide* as referências jurisprudenciais em THEOTONIO NEGRÃO, *ob. cit.*, pág. 436, nota 8 ao art. 539 do Código de Processo Civil, e pág. 1.229, nota 3 ao art. 247 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Tudo faz crer que igual entendimento prevalecerá em matéria de *habeas data*.

31 Nesse sentido, por exemplo, JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *ob. cit.*, vol. VI, Rio de Janeiro, 1992, pág. 3.119: “A Constituição vigente explicita *de modo exaustivo* a competência do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito ao processamento e julgamento de causas, quer em caráter originário, quer em

so especial; mas os pressupostos de cabimento, tais como enunciados na Lei nº 9.507, não coincidem com os constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito. De um lado, o recurso especial, segundo a Constituição (art. 105, nº III), não cabe apenas contra decisões proferidas em “*única* instância” por Tribunal Regional Federal, senão também contra decisões por qualquer deles proferidas “em *última* instância”; de outro lado, para que caiba o recurso especial, sempre de acordo com o art. 105, nº III, da Constituição, é imprescindível que se configure alguma das hipóteses catalogadas nas letras *a*, *b* e *c*, a saber: que a decisão impugnada contrarie tratado ou lei federal; julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal: ou dê a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. Ora, ao propósito é de todo em todo silente o art. 20, nº II, letra b, da Lei nº 9.507. Resta verificar como desatará a jurisprudência o nó dado pelo legislador.

Para terminar, anote-se que o nº III do mesmo art. 20 faz alusão ao “recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal”, cabível em matéria de *habeas data* (como em qualquer outra!) “nos casos previstos na Constituição”, isto é: nas causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da própria Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 103, nº III, letras *a*, *b* e *c*, respectivamente).

EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA COMO MANIFESTACIÓN EFECTIVA DEL PROCESO JUSTO

Augusto M. Morello^(*)

SUMARIO: I. Finalidad de este ensayo. II. Las ideas consolidadas. III. De qué modo debe operar la garantía en fase de ejecución. IV. Propuestas concretas para superar la situación actual. V. Colofón.

I. FINALIDAD DE ESTE ENSAYO

El estudio continuo de la *garantía* de la defensa en juicio que se corporiza en un proceso justo, constitucionalmente tal, asegurando en plenitud y de manera real la satisfacción del mandato judicial de condena, nos ha hecho reparar, de modo cada vez más intenso, en la importancia que reviste el tramo en que la sentencia *debe ser cumplida* según los términos (congruencia), *tiempo* y proyección (alcance) de su contenido y en la extensión directa, indirecta, (implícita) y aun refleja de sus efectos.¹

El interés de esta fundamental garantía procesal se ha concentrado, profundamente, en la estructura, el andamiaje y la metodología del debate, durante el período de las postulaciones, ofrecimiento y práctica de la prueba, los alegatos, centralmente en la correcta motivación del fallo y los recursos y remedios (incidentes, impugnaciones, revisión).

^(*) Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de La Plata, Argentina.

¹ Así se verifica desde: *Prueba, incongruencia, defensa en juicio (el respeto por los hechos)*, Abeledo-Perrot, 1977; *La Corte Suprema en acción*, Platense, Abeledo-Perrot, 1989; *El proceso justo*, Platense, Abeledo-Perrot, 1994, en especial; *Manual de Códigos Procesales* (en colaboración), 2a ed., Platense, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 23-79, entre otras.

El derecho a *ser oído* en igualdad de armas y oportunidades, en controlar críticamente, el iter de los desarrollos de la contienda y en equilibrar con razonabilidad y legalidad la lógica interior en la dialéctica de las posiciones de los contrincantes ha restado luminosidad a lo que *debe seguir*, una vez firme la sentencia.

Se hizo mucho más seguro el ‘cómo’ llegar al pronunciamiento en el mérito, que inquirir *para qué* se compuso el litigio -individual o colectivo- y, singularmente, la manera en que se ha de materializar la condena, haciéndola operante; o lo que es igual, que el consumidor del servicio de Justicia, a quien la decisión favorable convirtió en *acredor* a una prestación cierta, líquida, específica y concreta, la ‘vea ingresar a su patrimonio tal como la norma aplicada lo preveía’. Según el margen previsible que abría la confianza en la *utilidad* de la defensa jurisdiccional *ejercida* y que debió superar tantas resistencias, consumo de tiempo, sorpresas, riesgos y costos económicos.

Hacer *cierto el resultado* alcanzado en el registro de lo institucional del sistema que *garantiza* el Acceso a la Jurisdicción (art. 15 de la Constitución Bonaerense, reformada en 1994; art. 18 de la Ley Fundamental de la Nación, art. 24, inc. 1° Constitución Española; art. 8° Pacto de San José de Costa Rica; art. 75, incs. 22 y 24 Constitución Nacional). En breve: que lo decidido deje de ser una *promesa* y se traduzca en una *realidad*.

El tránsito -en expresión de JULIÁN MARÍAS- entre lo esperado y lo sucedido,² lo que debe continuar con el ‘pago’, o satisfacción (FAIRÉN GUILLÉN), según lo ordenado por el fallo en el caso juzgado, en concreto y sin demoras indebidas.

Reflexiones que medularmente procuran contribuir a resolver la notoria *crisis en que se hallan los procesos de ejecución forzada*.

II. LAS IDEAS CONSOLIDADAS

a) Recorremos a fines de la centuria la ‘era de las garantías’;³ son ellas las que acaparan la atención más sugerente del derecho procesal general y, particularmente, del derecho *procesal constitucional*. Un extenso repertorio de *nuevos derechos* (anclados en el cuadrante de la privacidad y -en el otro extremo- en el vastísimo repertorio de derechos civiles y públicos

2 Julián MARÍAS, *Lo esperado y lo sucedido*, Revista de Occidente, Madrid, nros. 8 y 9 (1963), al celebrar los cuarenta años de esa célebre creación editorial de ORTEGA Y GASSET, PP. 169-191. Acaso sea expresión de que el camino es siempre más importante que la posada. Que lo que cuesta es llegar a la sentencia bien posicionado y obtener el reconocimiento de lo pretendido, ensordinando la apetencia por *tener* realizado el mandato jurisdiccional, lo ‘que ya vendrá’.

3 Luigi Paolo COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, en el Libro de ‘Estudios’ en homenaje a Vittorio DENTI, Cedam, Padova, 1994, vol. I, pp. 297-381: más recientemente *Garanzie costituzionale ‘giusto processo’ (modelli a confronto)*, Relación a las Segundas Jornadas Brasileñas de Derecho Procesal Civil, Brasilia, agosto de 1997 -separata-.

subjetivos: intereses colectivos, protección del medio ambiente, de la lucha contra la corrupción, la preservación de la dignidad y calidad de vida, etc.), que fortifica no de manera formal o acaso ficticia, raquíca o frágil sino positiva -nos gusta decir funcional- el reaseguro de *toda la persona y de todas las personas*.

Porque la frontera finisecular, en la arrolladora concentración económica, la globalización y el irrestricto reino del mercado, desnuda las nuevas (inaceptables) desigualdades y discriminaciones en el marco de una democracia social que porfía mudar el Estado de Derecho en Estado de Justicia.⁴

No es porque sí que se *constitucionaliza* (en España, Brasil, Argentina, entre otros países, en las últimas décadas sin quedar a nivel de 'leyes' ordinarias) la batería más eficaz de las garantías individuales y grupales: amparo (general), acción de protección, mandato (individual y colectivo) de seguridad, habeas data, habeas corpus, injunction, control originario (preventivo) y directo de constitucionalidad, acción de mera certeza, proceso urgente, medidas autosatisfactivas, y anticipación de la tutela efectiva.

Potente red de mecanismos, técnicas y remedios de dispar pero privilegiado voltaje para brindar adecuada respuesta a la remoción de vallas que como la arbitrariedad, ilegalidad o comportamientos que, por acción u omisión, significan el palmario alzamiento y frustración de la condena.

Esos fieles escuderos son calificados aliados y arbotantes de la garantía solar, *el proceso justo*, la defensa en juicio (arts. 8º, 24, 25, Pacto de San José de Costa Rica).

b) La pregunta viene entonces obligada: si el resultado programado en la condena judicial firme o pasada en autoridad de cosa juzgada⁵ se deja de cumplir ¿no se lesiona también *frontalmente* la *garantía* de la defensa, tan celosamente preservada en el tramo de conocimiento y durante la secuela del litigio hasta el dictado de aquella y su fase de control o recursos?

Dicho con otro giro: esa garantía (la de la defensa en juicio, la tutela judicial efectiva) ¿no supone y requiere una 'efectividad global' del proceso justo?⁶ ¿No se fractura incorrectamente dejar de apoyar o dejar en las sombras -diríamos sin la consideración *debida*- ese tramo esencial, el del cumplimiento de la orden judicial pese a erigirse en el instante máximo porque es en él en donde acontecerá la 'concretización'⁷ cabal, del contenido genuino del fallo?

4 Jean-Paul FITOUSSI y Pierre RASANVALLÓN, *Le nouvel âge des inégalités*, Seuil, Paris, 1996, pp. 81-95 [Le répertoire des inégalités], y 96-108 [QUÉ HACER].

5 Que, por donde se la mire (y a excepción de la cosa juzgada irrita que recayere en un proceso en el que, precisamente, se desconocieron las exigencias constitucionales del proceso justo), reviste para el triunfador un derecho de propiedad incorporado a su patrimonio, inmutable o permanente, y al que lo cubre además la *seguridad jurídica*, principio en igualdad de tratamiento constitucional al derecho de propiedad, al cual está equiparado y es deber de los jueces preservar, CS, *Fallos*, 242:501.

6 COMOGLIO, *op. cit.*, en primer término, p. 380, n° 11.

7 *Idem*, 'Concretizaciones', (p. 380).

A todas luces deviene *insuficiente* afirmar la ‘inviolabilidad del derecho de defensa en cualquier estado o grado del procedimiento’ (arts. 18 C.N., 24, 2º Constitución italiana) si esa inviolabilidad, no se expande con pareja eficacia, en la lectura de la *efectividad* de la realización.

Nos parece que ello es un requisito insoslayable -condición *sine qua non*- para que se concrete a pleno el proceso justo en su momento cenital, que no es otro que el del cumplimiento de lo establecido por la Jurisdicción en el caso juzgado.

III. DE QUÉ MODO DEBE OPERAR LA GARANTÍA EN FASE DE EJECUCIÓN

La preocupación que nos acució a estas puntualizaciones se conecta con la forma de asegurar las ejecuciones que están reguladas en los Códigos Procesales, en general (y de manera singular en nuestro país, tales los vigentes en el orden nacional, o en la Provincia de Buenos Aires), lo que nos parece que hace poco favor al propósito de facilitar y asegurar (‘de una buena vez’) el logro de la condena.

a) En el banco de la experiencia del derecho vivido, ejecutar un fallo es una verdadera odisea, una aventura kafkiana, como lo hemos señalado en numerosas oportunidades. No exageramos si acotamos que tales vicisitudes -salvo, desde luego, excepciones- producen en los hechos una verdadera ‘ablación del derecho fundamental del ganador a alcanzar su satisfacción en el momento propio a través de la tutela judicial *adecuada*’.⁸

El respeto y acatamiento en la forma más razonable de la condena (es decir directa, con menos consumo de actividad, tiempo y costos) es pieza clave del proceso judicial (de su utilidad y efectividad) y factor decisivo no sólo del valor justicia (alcanzado con el fallo pero todavía no en la realidad) sino, básicamente, de la paz social, *de la convivencia pacífica*, que obviamente está involucrada en el uso del Servicio de justicia.

Que se cumpla a cabalidad lo que la sentencia ha consagrado hace a la razonabilidad, seguridad jurídica y legalidad de lo obrado por los órganos públicos (jueces) o privados (árbitros) de la Justicia y nadie puede sostener que el ordenamiento jurídico, empeñado en que el Poder Judicial conozca y dé respuesta a los conflictos (controversias cuando acuden a la Justicia oficial o privada) pueda cambiar el interés público para que se lleve a cabo esa actividad (la de la Jurisdicción) únicamente en el marco primero del conocimiento de las pretensiones y defensas y que, en cambio, lo debilita y devalúa (a ese mismo interés público) cuando debe cumplirse.

⁸ La expresión, gráfica y exacta, es del Tribunal Constitucional español en su sentencia 37/1995 ante el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración Pública ‘que procuraba quedar inmune al control judicial pese al carácter ilegal de esa actitud que afectaba los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos’ (Revista de la Secretaría de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, Director doctor Rolando E. GIALDINO, n° 2 (1977), p. 157).

Es evidente que ese interés público continúa alojado en los pliegues de la Jurisdicción y, por ende, asistido por la misma *garantía* (del proceso justo) a cargo del propio órgano, que también tiene *el deber de no menoscabarla*, porque la ejecución se radica en la cobertura de tal garantía, que debe protegerla de manera principal y efectiva.⁹

c) La forma y el tiempo en que se ejecuta la condena, por consiguiente, constituye un factor palpable y trascendente que, históricamente, entre nosotros (y no sólo en Argentina) emerge como causa de *ineficacia de la justicia*.¹⁰ Lo que es imperioso remover, a no ser que olvidemos que lo decisivo en el proceso judicial es la justicia, pero sin detenernos en el marco teórico de la sentencia que es en donde el derecho adquiere su conformación *final*, dice sus últimas palabras,¹¹ porque cobra luminosidad sólo y cuando la misma es *cumplida*.

IV. PROPUESTAS CONCRETAS PARA SUPERAR LA SITUACIÓN ACTUAL

Entre otras sugerencias al lado de las ‘astreintes’, multas pecuniarias u otras coacciones sobre la voluntad del vencido que pueden arrimarse para *aggiornar* la fase de ejecución (CPN, lib. III, tít. I, *Ejecución de sentencias*, arts. 499 y ss; CPBA, ídem, arts. 497 y ss.), podemos alinear las siguientes:

a) El deber de *información* que, integrando el más amplio de cooperación al buen resultado de la jurisdicción, requiere del deudor que de buena fe y en tiempo propio evidencie cuál es su verdadero estado patrimonial y la situación de libre disponibilidad de los bienes que lo integran.¹²

Y ello pesa no sólo sobre el deudor sino también sobre los terceros y, en su caso (maguer al secreto bancario o fiscal), respecto de instituciones que deben colaborar al éxito de la satisfacción de la condena, es decir a la materialización de los fines (*públicos*) de la Jurisdicción. No cabe insistir en la senda actual en la que el vencedor debe ser el ‘descubridor’ del patrimonio

9 CER. CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 277-280, n° 2 (el derecho a que la decisión se cumpla); también ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe, *I fondamenti costituzionali della Giustizia civile*, 2a ed., Giappichelli Editore, Torino, 1977; desde la órbita constitucional la tutela es unitaria y como garantía comprensiva de todas las fases del litigio, hasta la consecución del objeto -el bien de la vida- así dispuesto en el fallo, pp. 7-11, notas 11 a 18.

10 Cfr. SENDRA, Gimeno, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*, relato general al VIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Utrecht, 1987, Publicación que contiene los informes y debates, Holanda, 1989, pp. 19-38 (p. 26 y ss.) ídem, Mauro CAPPELLETTI: Exposición de síntesis de cierre, *op. cit.*, pp. 441-453.

11 CUETO RÚA, Julio César, *Factores axiológicos en el proceso de interpretación y de selección de los Métodos Jurídicos*, anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, t. 35 (1997), separata, pp. 92/93.

12 MORELLO, Augusto M. y KAMINKER, Mario E., *Buena fe de colaboración en el proceso civil*, ED, t. 169, p. 560; ídem, *el Deber del deudor de información patrimonial en el proceso de ejecución*, ED, t. 157, p. 653.

del vencido (Carlos DE MIGUEL, el ilustre profesor de Valladolid) y bien sabe el deudor cómo malograr el intento (TARZIA).

b) Un remozado *régimen* de la subasta judicial que no tiene que ser judicial¹³ ni administrativo sino, por delegación, a cargo de instituciones *privadas* que aligeren a la jurisdicción de diligencias y actividades de naturaleza no contenciosa en las que no está en juego la función de juzgar.¹⁴ *Y que aquéllas pueden hacer mejor.*

c) Incorporar a la legislación procesal instituciones por demás provechosas del derecho anglosajón referentes a la *injunction*, mandamientos y programas sobre el modo de ejecutar las condenas contra el Estado, concesionarios, licenciatarios y entes económicos (tarifas, etc.) cuando éstos omitan, resistan, demoren o sean renuentes en efectivizar, satisfactoriamente, en el tiempo más breve, el contenido del pronunciamiento.¹⁵

d) De manera *excepcional* valerse inclusive de la garantía reforzada del amparo (arts. 43, Const. Nac.; 20, Const. de la Pcia. de Buenos Aires) cuando los desarrollos del litigio, en la fase de ejecución, muestren con arbitrariedad manifiesta que el destinatario específico de la prestación sentencial, su obrar por acción u omisión, se traduce en el incumplimiento del mismo, o en un modo de realización que lo desvirtúa.

En supuestos también por cierto muy residuales y genuinamente *excepcionales*, podrá revestir el carácter de legitimado pasivo el propio órgano judicial actuante, cuando su comportamiento arbitrario colisiona con la directiva superior contenida en el art. 15 de la Const. de la Pcia., reformada en 1994, que *obliga* a que la tutela judicial efectiva sea *continua y expedita*, lo que vale en registro preferente para el tramo de realización que estamos analizando.¹⁶

e) Claro es, igualmente, que en todas las circunstancias quedarán preservadas las exigencias que reclama el humanismo en el proceso y la vigencia -también *efectiva*- del solidarismo social respecto del condenado.

13 Algunas de estas propuestas se han incorporado al Proyecto de Reforma al Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires de 1993.

14. TARZIA, Giuseppe, *Problemas actuales de la ejecución forzada* (en portugués), conferencia en Brasilia, agosto de 1997, separata, pp. 21-22 con cita de CAPPONI, *Vendite forzate immobiliari nei paesi delle C.E.E.*, in 'Documenti giustizia', 1993, ps. 1185 y siguientes.

15 Nuestra nota *Audacia y creatividad de los poderes judiciales estadounidense y de Canadá*, ED, t. 162, p. 1125.

16 Toda vez que, como es sabido, en principio el amparo no procede contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial (art. 20, inc. 2º, ap. 3º, Const. de la Pcia. De Buenos Aires), pero hay que reparar en que los actos que se expiden durante la ejecución son básicamente de sustancia administrativa (*tema opinable*).

Por lo general en fase ejecutoria no hay cognición; sólo incidentes y aspectos que involucran las actividades de auxiliares o sustitutos (oficial de justicia, evaluadores, martillero, instituciones privadas de venta) aunque no queda excluida la intervención del Juez.

V. COLOFÓN

Este elenco de apoyos facilitadores de la solución del problema que en la praxis suscita el diferimiento (sin término y de resultados aleatorios), contribuiría notablemente a rescatar la confianza en la utilidad del Servicio y a explicar mejor, sin las repetidas justificaciones teóricas -y sin prescindir de la condicionante realidad económica del contexto- que la misión de hacer justicia y su finalidad última no es sólo resolver eficazmente los conflictos, sino, además, *garantizar* que lo que ordena la condena, *sustancialmente*, se hace cierto en forma acorde con la garantía de la defensa, *de la que es componente relevante*.

Lo que no es ajeno al rol de la Jurisdicción o, de subrogarse ello en la Administración, sino que, por el contrario, comporta un cometido *esencial* del deber constitucional de los Jueces y Tribunales. Está en la *médula* de lo que identifica al proceso justo.

SOBERANÍA Y DERECHOS HUMANOS

César Moyano Bonilla^(*)

Los complejos problemas que se presentan en las relaciones entre los tribunales nacionales y supranacionales sólo podrán resolverse gracias al esfuerzo conjunto de los cultivadores de los derechos internacional, constitucional y procesal, que hasta hace poco tiempo se encontraban relativamente aislados.

Héctor Fix-Zamudio

SUMARIO: 0. INTRODUCCIÓN. 1. SOBERANÍA. 1.1. Origen. 1.2 Soberanía absoluta y limitada. 2. *IUS COGENS* Y DERECHOS HUMANOS. 3. CERTIFICACIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS. 4. CONCLUSIONES.

0. INTRODUCCIÓN

Es muy honroso para mí el poder participar en el Libro Homenaje al profesor Héctor Fix-Zamudio, jurista, maestro y amigo, con quien tuve el privilegio de compartir inolvidables reuniones durante mi permanencia en su país, razón por la cual he querido incursionar en un tema ampliamente conocido por él y sobre el cual he tenido el privilegio de escuchar sus enseñanzas: *la soberanía y los derechos humanos*, pues a nadie escapa el gran aporte intelectual que él ha hecho sobre estos temas a través de su abundante producción doctrinal, fiel testimonio, además, de su consagración a la ciencia jurídica.

Si a partir de la II Guerra Mundial los Estados han venido incrementando su relaciones recíprocas paulatinamente, es un hecho evidente que en las décadas recientes ello ha sucedido con mayor celeridad y a un ritmo que hace más ostensible su interdependencia.

^(*) Profesor universitario y tratadista de Derecho Internacional y Derecho Aéreo, Bogotá, Colombia.

Esta situación se advierte no sólo en el campo de la economía, el comercio, de las finanzas, el transporte y las comunicaciones, por citar algunas de las áreas más conocidas, sino se refleja también en el ámbito político, principalmente al desaparecer los Estados comunistas, pues en él se observa el desarrollo a nivel global de las doctrinas y principios demoliberales, fundados en la defensa de la democracia y los derechos humanos.

Paralelo a estos sucesos, puede advertirse, igualmente, y junto a la integración económica, el desarrollo de una mayor actividad y fortalecimiento de los organismos internacionales de vocación universal como la Organización Mundial de Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, entre otros.

Todo ello no hace otra cosa distinta que evidenciar un proceso de interconexión entre los Estados que va desde la regionalización hasta la globalización, entendida esta última como “la multiplicación de los espacios de interacción fuera de las coordenadas de organización temporal y espacial propias del Estado moderno”.¹

Pero ni la multiplicidad de los nuevos vínculos y relaciones interestatales, ni la incapacidad del Estado para atender debidamente el bien común de la población, ni el surgimiento de los movimientos de integración económica, ni la aparición de nuevas organizaciones gubernamentales o no gubernamentales, puede entenderse en el momento actual como un presagio de la próxima desaparición del Estado, pues su existencia aún es necesaria como fundamento y sostén de la propia comunidad internacional,² razón por la cual se busca incesantemente su reforma en lugar de su sustitución.³

Es dentro de este contexto de integración internacional en los más variados ámbitos donde se necesita, precisamente, analizar el actual concepto de soberanía nacional.

1 FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, “El impacto de la globalización en la reforma del Estado y el derecho en América Latina”, en UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 317.

2 “Para muchos observadores, el Estado continúa siendo el actor esencial, sino exclusivo de las relaciones internacionales”, Cfr. MERLE, Marcel, *Sociología de las relaciones internacionales*, trad. Roberto Mesa, Madrid, Alianza Universitaria, 1991, p. 471.

3 Cfr. CALDERÓN, Fernando y DOS SANTOS, Mario R., *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina. Veinte tesis sociopolíticas y un corolario*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991; KLILSBURG, Bernardo, *Cómo transformar al Estado. Más allá de mitos y dogmas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989; KLILSBURG, Bernardo (comp.), *El rediseño del Estado. Una perspectiva internacional*, trad. Simy Juliete Benarroch, México, Fondo de Cultura Económica, 1994; GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2 edic., Madrid, Alianza Universitaria, 1991 y cfr. AA. VV. “Reforma del Estado”, FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES, *Revista Perfiles Latinoamericanos*, NÚM. 1, México, 1992.

Desde hace algunas décadas se escucha afirmar que el concepto de soberanía no corresponde a los tiempos actuales, que no tiene cabida en un mundo globalizado.⁴ En efecto, como indica Flores Olea, los ideólogos del mundo industrializado o de los países avanzados han señalado que los conceptos de soberanía y nación han cambiado en la actualidad y sostienen que se trata de conceptos ya superados. Sin embargo, como observa este mismo tratadista, tal afirmación “se debe a un manejo político e interesado de tales conceptos ya que desde los años sesenta los europeos negaban la idea de soberanía porque, justamente, sus excolonias la utilizaban para alcanzar su independencia y en relación con la época actual, en buena parte debido a la aparición de importantes grupos regionales de carácter político y económico, se ha vuelto a dar una utilización ideológica y política de tal argumento”. Lo que lo lleva a concluir:

...el concepto de soberanía nacional, desde luego para los países en vía de desarrollo como México, no puede ni debe abandonarse, y que, a pesar de las teorías de las metrópolis industrializadas que manejan el sistema financiero internacional y deciden sobre los caminos de la globalización económica, han de seguir sosteniéndose ambos conceptos (soberanía y Nación), también por razones políticas y de seguridad nacional nuestras.⁵

Carlos Restrepo Piedrahita, al referirse a este mismo tema en 1967, ya advertía sobre esta situación, en términos muy semejantes, al expresar:

Yo creo que cuando a un país subdesarrollado se le dice: “el principio de soberanía nacional es desueto”, o “el mundo moderno está superando la noción arcaica de soberanía”, o cosas por el estilo, hay que poner bien la mirada para precisar y determinar desde qué posición desigual se lo están musitando. Yo creo que los Estados industriales, todos los Estados industriales, sin excepción, tienen especialísimo interés que en los pequeños Estados se desentiendan del principio de soberanía, que no se afirmen más en él, que no lo valoricen más, aunque esos mismos Estados no estén dispuestos a renunciación semejante, como no lo están. Les convendría mucho para sus intereses políticos que la soberanía de los pequeños Estados en el ámbito jurídico internacional quede sujeta al régimen precario de los “términos de intercambio” a que están condenados sus productos básicos en el mercado internacional.

El principio de la soberanía nacional sigue siendo vital para la afirmación del derecho a la existencia de los Estados de menor desarrollo; es decir, de menor poder económico y político.⁶

4 Cfr. BERGALLI, Roberto y RESTA ELIGIO (comp.), *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1996; HERAUD, Guy, *Hacia la abolición de las soberanías para la salvación de los pueblos*, Oñati, 1989 y DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Editorial Debate, 1984.

5 FLORES OLEA, Víctor, “México: la afirmación de la soberanía nacional”, en ARRIOLA, Carlos (comp.), *Testimonios sobre el TLC*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1994, p. 259-265, *cit.*, en MORENO DURAZO, Luis Carlos, “Soberanía nacional, globalización y regionalización”, *ob. cit.*, p. 266.

6 RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, “El concepto de soberanía nacional y los Estados en vía de desarrollo”, en *Revista Universidad Externado de Colombia*, vol. VIII, núm. 1, Bogotá, abril de 1967, p. 81.

Por ello es conveniente y reconfortante recordar cómo en la última Asamblea General de la OEA, junio de 1997, en la *Declaración para afirmar el respeto por la personalidad, la soberanía y la independencia de los Estados*, se aprobó “exhortar a los Estados miembros a respetar la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y abstenerse de adoptar acciones unilaterales que no concuerden con los propósitos y principios de la Carta y que puedan perjudicar sus relaciones de amistad”.

Los comentarios que pasamos a desarrollar sobre el tema objeto de estudio, tienen por finalidad analizar, precisamente, el concepto actual de soberanía junto con los límites que a él le ha sido impuesto por las normas imperativas de derecho internacional *-ius cogens-*, dentro de las cuales consideramos que se hallan importantes disposiciones relacionadas con la protección de los derechos humanos.

Finalmente nos ocuparemos de los actos unilaterales de aquellos Estados que pretenden calificar el cumplimiento por otros Estados de las normas relativas a los derechos humanos sin que medie para ello ninguna autorización de la comunidad internacional ni, mucho menos, de las comunidades políticas afectadas.

1. SOBERANÍA

1.1 Origen

La noción de soberanía, y la realidad político-jurídica que le corresponde, es, como se ha reconocido, una noción por esencia histórica, puesto que ella corresponde a un tipo específico de organización política, precisamente a aquél que denominamos Estado soberano. Y esta forma de organización política ni ha sido la única, ni, es de preverse, será la última que conocerá la humanidad.⁷

El término soberanía fue tomado del latín *summa potestas*, y sirvió, desde el siglo XVI, para designar un fin político: “la reunión de la mayor suma de poder en una sola mano, ya concreta, el príncipe, ya abstracta, el Estado (sentido cuantitativo), y luego designó a aquél órgano del Estado al que le corresponden todas las facultades del mismo no atribuidas a otros órdenes (sentido cualitativo)”;⁸ es decir, indica el mayor poder decisorio.

“La suprema autoridad ama la unidad”, enseñó Aeneas Sylvius, antes que Bodino, cuando durante el reinado del emperador Federico III, defendió la idea de la legitimidad de la soberanía imperial sobre el mundo. Este mismo pensamiento de la unidad del poder político, independiente hacia el exterior e irresistible en el interior, apareció en Bodino, poco más de cien años después.⁹

7 FLORES OLEA, Víctor, *Ensayo sobre la soberanía del Estado*, México, UNAM, 1969, p. 129.

8 HERRERO Y RUBIO, Alejandro, *Derecho internacional público*, t: I, Valladolid, Gráficas Andrés Martín, S.A., 1960, p. 153.

9 HELLER, Hermann, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, trad. Mario de la Cueva, México, UNAM, 1965, p. 80.

En efecto, para él la soberanía es “el poder absoluto y perpetuo de una república”.¹⁰ Explica el primer elemento del concepto, así: “el pueblo o los señores de una república pueden conferir pura y simplemente el poder soberano y perpetuo a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el Estado a su placer, así como de su sucesión, del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su liberalidad, lo que constituye la verdadera donación”.¹¹

Por lo anterior, Bodino sostiene la necesidad de que quienes sean soberanos “no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles”. Esto, agrega, “no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes. El propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía”.¹²

El concepto de soberanía en Bodino, se ha entendido por algunos autores sobre la base de un poder absoluto, sin ninguna clase de límite. Esto es cierto respecto de las leyes de la república -toda vez que según su doctrina si “el príncipe soberano está exento de las leyes de sus predecesores, mucho menos estará obligado a sus propias leyes y ordenanzas”-, pero no puede ser aceptado en relación con las leyes de Dios y de la naturaleza.¹³

Pero aún es más, este poder absoluto puede encontrarse limitado, también, por ciertas leyes humanas comunes a todo los Estados, y por las convenciones y tratados que celebre el soberano.¹⁴

Por lo expuesto, podemos concluir que de acuerdo a la doctrina de Jean Bodino, la soberanía no es un poder plenamente absoluto, por encontrarse sujeto a numerosas limitaciones, por lo cual ella debe entenderse a través de su principal y único atributo: es decir, como “...el poder dar leyes a todos en general y a cada uno en particular... sin consentimiento de superior, igual o inferior”,¹⁵ dentro de las limitaciones que le impone la ley divina y la natural, los tratados y las leyes humanas comunes a todos los pueblos.

Por lo anterior, Mario de La Cueva afirma, con razón, que Bodino no pudo romper las concepciones medievales: la doctrina de la soberanía se limita a ley humana, pues la ley de Dios y la natural son independientes de las voluntades terrestres; en *Los seis libros de la República* se ratifican una vez más las ideas de San Agustín y Santo Tomás. Ciertamente, el poder tempo-

10 BODINO, Jean, *Los seis libros de la república*, trad. Pedro Bravo Gala, Madrid, Tecnos, 1985, p. 47. “Es necesario definir la soberanía, dice Bodino, porque, pese a que constituye el tema principal y que requiere ser mejor comprendido al tratar de la república, ningún jurista ni filósofo la ha definido todavía”.

11 *Idem*, p. 51.

12 *Idem*, p. 52.

13 *Idem*, p. 53.

14 *Idem*, p. 60. Sobre la posibilidad de derogar el derecho internacional injusto, ver sus observaciones en p. 66 y ss.

15 *Idem*, p. 74.

ral se independizó definitivamente de los poderes terrestres, pero continuó sometido a la ley de Dios y a la natural, como su simple adaptador a las condiciones particulares de tiempo y lugar.¹⁶

1.2 Soberanía absoluta y limitada

A partir del momento de soberanía de Bodino, los juristas y politólogos lo han analizado constantemente, y algunos de ellos consideran que ella es un poder absoluto e ilimitado del Estado. Tal sería el caso de Maquiavelo, Hobbes, Spinoza, Hegel y Rousseau.¹⁷ Otros, que creemos constituyen la gran mayoría, han seguido el lineamiento expuesto -su limitación-; por lo tanto lo entienden como un poder sujeto al derecho, que faculta al Estado a regular sus asuntos en forma autónoma, independiente de toda injerencia interior o exterior. Es decir que una potestad es soberana, no en cuanto tiene un determinado contenido sino en cuanto no depende de otra. La soberanía expresa un carácter y uno solo: “el de no estar sometida a otro poder de igual naturaleza”.¹⁸

Pero si bien su característica fundamental es el no estar sometida a un poder de igual naturaleza, como podría ser el de otro Estado, sí está limitada por el derecho internacional, por lo cual se habla de soberanía limitada.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que como unidad de poder, el Estado considera, como advierte Carrillo Salcedo, que no sólo le incumbe definir por sí mismo aquellos de sus intereses que considera vitales, sino también protegerlos por todos los medios de que dispone, incluso mediante el empleo de la fuerza. Y es que la noción de soberanía presenta siempre una doble dimensión, política y jurídica, ambas irreductibles. Ninguna construcción jurídica debe prescindir del aspecto político de la soberanía y, en todo caso, un planteamiento realista del problema de la tensión entre derecho internacional y soberanía del Estado, exige tener en cuenta que esta última es una realidad histórica y social muy compleja que, junto a sus innegables aspectos jurídicos, presenta otras significaciones que no es posible ignorar: política e ideológica; económica, material y técnica; por último, aunque no menos importante, emotiva y sentimental.¹⁹

16 DE LA CUEVA, Mario, “Estudio preliminar”, en Hermann HELLER, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, ob. cit., p. 16.

17 En la obra de ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional público*, t. II, México, Editorial Porrúa, 1983, p. 148, se transcriben veintiséis conceptos de soberanía, expuestos, principalmente, por internacionalistas; puede consultarse, igualmente, la obra de HINSLEY, F. H., *El concepto de soberanía*, trad. F. Moreira y A. Alandi, Barcelona, Edit. Labor, S. A., 1972.

18 REUTER, Paul, *Organizaciones internacionales*, trad. Cristóbal Massó, Barcelona, Bosch, 1959, p. 107; cfr. LAFER, Celso, “Derecho y legitimidad en el sistema internacional: soberanía nacional y comunidad mundial”, en *Foro internacional*, v: XXIX, núm. 4, México, abril-junio, 1989, p. 561; NIETO NAVIA, Rafael, “Soberanía y cooperación marítima”, en *El Nuevo Siglo*, Bogotá, 6 de noviembre de 1996, p. 4; RODRÍGUEZ Berrutti, Camilo Hugo, “Contribución al estudio de las limitaciones jurídicas al poder de la soberanía estatal”, Buenos Aires, 1995 y ZUPPI, Alberto L., “La noción de la soberanía en el nuevo orden mundial”, Buenos Aires, p. 781 y ss.

19 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de Estado y derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1969, p. 64.

El calificativo de soberanía se ha reservado para definir el conjunto de los poderes que expresan la “condición jurídica general de todo Estado”; poderes que en cuanto a su otorgamiento como en cuanto a su ejercicio no dependen de otro poder, ni tampoco están sujetos a él, bien sea que se encuentre ubicado dentro o fuera del propio Estado. Lo que explica el por qué para una mayor facilidad de la comprensión del concepto, algunos tratadistas han desdoblado el concepto de soberanía en interno y externo.

La soberanía en su aspecto interno, explica L.C. Moreno, se entiende como la facultad exclusiva del Estado para autodeterminarse, crear sus leyes y hacerlas cumplir dentro de su territorio. En su aspecto externo, consiste en la independencia de un Estado frente a otro. En forma resumida, soberanía interna es el poder supremo en el interior del Estado y soberanía externa es igualdad de un Estado frente a otros Estados.²⁰

Por ello Carrillo Salcedo ha afirmado:

Jurídicamente, la noción de soberanía expresa en derecho internacional el conjunto de competencias y derechos de cada Estado independiente es titular en sus relaciones con otros Estados.

Estas competencias que integran la soberanía, vienen a ser, pudiera decirse, los instrumentos que tiene el Estado para lograr sus fines y objetivos: el bien común de la sociedad estatal y de la sociedad internacional. Por ello, se ha considerado que la soberanía tiene un carácter funcional.

La soberanía así entendida, se encuentra regulada o, si se prefiere, limitada por el derecho internacional.

A esta situación se refirió Dionizio Anzilotti, juez de la CPJI, cuando en su opinión individual en el *asunto del Régimen aduanero entre Alemania y Austria*, afirmó:

...puede ser también descrita -se refiere a la independencia- como soberanía (*suprema potestas*), o soberanía externa, entendiéndolo por ello que no tiene sobre sí ninguna otra autoridad más que la del derecho internacional.²¹

En este orden de ideas, el derecho internacional debe entenderse que es superior al Estado en cuanto constituye un límite jurídico a su poder, como lo afirmase D. Anzilotti, pero no “en el sentido de que el poder del Estado sea una delegación” de él. Esta última tesis, como in-

20 MORENO DURAZO, Luis Carlos, “Soberanía nacional, globalización y regionalización”, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y THE AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *El papel del derecho internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, ob. cit., p. 265.

21 CPJI, Serie A/B, núm 41, p. 56.

dica el jurista italiano, tiene contra ella “no sólo la experiencia histórica, sino además, y de manera principal, la convicción de los Estados, a los que nada repugna tanto como la idea de ejercer un poder otorgado por el orden internacional”.²²

Respecto a la limitación de la soberanía por el derecho internacional, se puede demostrar por el expreso reconocimiento que de ello se ha hecho por una parte importante de la doctrina como por los tribunales internacionales, al igual que por la aceptación de las normas de *ius cogens*. Nos referiremos a estos dos últimos elementos.

En cuanto a lo primero, debe recordarse lo expresado por la CIJ en el *asunto del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, respecto al deber del Estado de cumplir los preceptos del ordenamiento internacional, cuando en su fallo del 24 de mayo de 1980, afirmó:

La Corte, por 13 votos contra dos, decide que, con el comportamiento demostrado por la Corte en el presente fallo, la República Islámica del Irán ha violado en varios aspectos y continúa violando obligaciones que tiene para con los Estados Unidos de América en virtud de convenciones internacionales vigentes entre los dos países y de normas de derecho internacional general consagradas por una larga práctica.²³

Es oportuno recordar, cómo desde la época de la CPJI se ha rechazado la teoría de acuerdo a la cual el obligarse convencionalmente un Estado conlleva un abandono de la soberanía, pues dicho tribunal afirmó, en el *asunto del vapor Wimbledon*, que “todo convenio que crea una obligación de este tipo (hacer o no hacer), trae una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que imprime a este ejercicio una dirección determinada. Pero la facultad de asumir compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado”.²⁴

Debe tenerse igualmente en cuenta, que el incumplimiento por el Estado de sus obligaciones internacionales, que se encuentran tanto en el derecho internacional convencional como consuetudinario, genera responsabilidad internacional, como lo sostuvo la CIJ en el caso citado del personal diplomático, razón por la cual no creemos que el Estado pueda considerarse como absolutamente soberano sino, por el contrario, sometido al ordenamiento internacional, pues de no ser así no podría explicarse la responsabilidad en que incurre al no cumplir sus obligaciones.

En cuanto a las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), éstas han sido finalmente aceptadas convencionalmente en los tratados de Viena sobre el Derecho de

22 ANZILOTTI, Dionisio, *Curso de derecho internacional*, t: I, trad. Julio López Olivan, Madrid, Editorial REUS, S.A., 1935, p. 48.

23 NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, *Documentos oficiales, trigésimo quinto período de sesiones*, suplemento no. 4 (A/35/3), Nueva York, p. 3.

24 CPJI, *Recueil des Arrêts*, Serie A, núm., 1, p. 25, *cit.* en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, *ob. cit.*, p. 75.

los tratados de 1969 y 1986, al reconocerse la existencia de intereses cuya protección es vital para la existencia de la propia comunidad internacional. Tal reconocimiento ha llevado a que junto a las normas dispositivas del derecho internacional se encuentren, también, normas imperativas; es decir, preceptos cuya obligatoriedad y respeto se impone a la voluntad estatal, razón por la cual todo tratado que los contraríe será nulo.

La admisión de tales disposiciones imperativas, ha tenido el inmenso valor, como lo reconoce la doctrina, de constituir un rechazo a la fundamentación voluntarista del derecho internacional y a la tesis de la soberanía ilimitada del Estado.²⁵

Paralelamente al reconocimiento de las normas de *ius cogens*, el actual derecho internacional reconoce para los Estados la existencia de obligaciones *erga omnes*. Con ellas la responsabilidad internacional ha trascendido el terreno de las relaciones Estado -Estado, para comprender la relación Estado- comunidad internacional. En efecto, la CIJ reconoció que “debía establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las derivadas de las relaciones con otro Estado de la acción diplomática”.²⁶ Las primeras obligaciones se encuentran sustancialmente vinculadas a las normas de *ius cogens*, una de cuyas aplicaciones más importantes se encuentra en el campo de los derechos humanos -en una época considerados como comprendidos dentro de la competencia reservada del Estado-, como lo ha demostrado recientemente Carrillo Salcedo, así:

La proclamación de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de la persona humana en la Carta de las Naciones Unidas y, por consiguiente, la afirmación de que todo ser humano es titular de derechos oponibles a todos los Estados, incluso al Estado del que sea nacional, trajo consigo una innegable internacionalización de los derechos humanos y una extraordinaria innovación en el derecho internacional.

Dicha innovación consiste fundamentalmente en que, a diferencia de lo que ocurría en el derecho internacional tradicional, la persona humana ya no puede ser considerada como un mero objeto del orden internacional, pues el deber de respetar los derechos humanos constituye en el derecho internacional contemporáneo una obligación *erga omnes* de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto.²⁷

Sin embargo, como indica Pastor Ridruejo, es imposible desconocer que el comportamiento del Estado en las relaciones internacionales es la más de las veces político²⁸ y no jurí-

25 PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 4 edic., Madrid, Tecnos, 1992, p. 298.

26 MOYANO BONILLA, César, “Un derecho internacional para un nuevo orden mundial”, en *La función de la teología en el futuro de América Latina*. Simposio internacional. Memorias, México, Universidad Iberoamericana. Ciencias Religiosas, 1991, p. 180 y ss.

27 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 131.

28 “Claro está que es muy difícil precisar qué entendemos por política, y más particularmente si queremos distinguir lo político de lo jurídico. Sin embargo, seremos suficientemente precisos si decimos que

dico. En otras palabras, la conducta internacional del Estado responde con mucha mayor frecuencia a la consecución y satisfacción de sus intereses de poder y no a las pautas que impone el derecho internacional.

Pero, como indica este tratadista, aún en esta perspectiva política la soberanía, el poder de los Estados no es ilimitado. La soberanía de los Estados, incluso de los más poderosos, encuentra en el plano político limitaciones resultantes de la interdependencia entre ellos y de la soberanía concurrente de otros Estados en un mundo cada vez más pequeño e interdependiente. Y agrega:

En ocasiones, esta manifestación del perfil político de la soberanía de los Estados tiene lugar en violación, más o menos flagrante, del derecho internacional. Y la precariedad de este ordenamiento en el plano de las sanciones, debido al carácter fundamentalmente descentralizado de la sociedad internacional, implica la imposibilidad de reacciones efectivas. Muchas violaciones del derecho internacional, incluso las más graves, quedan sin sanción, y es ésta una de las grandes servidumbres del mismo.²⁹

Junto a las consideraciones anteriores, que llevan a demostrar la existencia de un concepto de soberanía limitada o restringida, conviene mencionar otros hechos que llevan a la misma conclusión.

En efecto, aun cuando el concepto tradicional de la soberanía, entendido aún en su forma más radical, continuará gravitando poderosamente en el doctrina de los publicistas, en la opinión del gran público y, consiguientemente, en el pensamiento o la acción del gobernante, también es igualmente cierto que, desde los dos períodos de postguerra, se ha venido abriendo paso un nuevo concepto de la soberanía que se conforma más con los requerimientos de la sociedad internacional.

Así, la aparición y reconocimiento de una mayor interdependencia y globalización en las relaciones internacionales -que surgen en ocasiones como consecuencia de la incapacidad del Estado para cumplir aislado sus objetivos-, ha hecho que se reconozca, en igual forma, un concepto de soberanía relativa, que ha facilitado, en últimas, el surgimiento de nuevos sujetos de derecho internacional, a los cuales el Estado ha atribuido parte de sus funciones soberanas.³⁰

La existencia de este fenómeno, explica el por qué desde hace algunos años existen restricciones a la facultad de actuar del Estado, que son aceptadas sin que se entienda que ellas “in-

una cuestión política es aquella que envuelve la selección de la forma de gobierno, o del destino que ha de darse a los fondos del gobierno. Por otra parte, cae dentro del ámbito jurídico la definición de la forma de gobierno elegida y los medios mediante los cuales se tratará de lograr los propósitos del gobierno”, cfr. SORENSEN, Max (editor), *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1973, p. 62.

29 PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, ob. cit., p. 298.

30 BARBERIS, Julio.

fringen la soberanía o independencia formal del Estado”, como serían las limitaciones constitucionales sobre la libertad de acción del Estado; las obligaciones impuestas por los tratados, la creación de órganos conjuntos para determinados propósitos y la participación en organizaciones internacionales.³¹

Pero si bien no cabe duda de que el actuar soberano del Estado, se encuentra limitado por el derecho internacional, surge una cuestión de gran interés teórico y práctico que propone Carrillo Salcedo, así: ¿El derecho internacional reconoce o no alguna presunción a favor de la soberanía; esto es, a favor de la libertad de los Estados soberanos respecto de su poder de decidir y actuar?

La cuestión es extremadamente compleja, explica el tratadista español, y como ha sugerido el profesor Waldock, debe ser analizada en dos planos distintos: de una parte, en el marco del derecho internacional convencional; de otra, en el derecho internacional consuetudinario general.

“Si en el primero el problema parece reducirse a una determinación de la carga de la prueba (*onus probandi*), que recae sobre el Estado que alegue una restricción de la soberanía de otro Estado, en virtud de las obligaciones impuestas por un convenio del que este último sea parte, en el segundo la cuestión es mucho más delicada ya que, en principio, no puede hablarse de carga de la prueba respecto de una regla de derecho internacional general, pues también en este ordenamiento jurídico rige el principio *iura novit curia* (el tribunal conoce el derecho). Sin embargo, el carácter incierto del derecho internacional consuetudinario, su escasa coherencia y precisión, puede dar lugar a situaciones dudosas. De ahí que sea preciso analizar la jurisprudencia internacional para tratar de encontrar en ella un criterio de solución, así como el significado jurídico de la soberanía del Estado en derecho internacional.³²

Al analizar Carrillo Salcedo la jurisprudencia internacional, recuerda el pronunciamiento de la CPJI, en el *asunto del Lotus*, cuando luego de afirmar que el derecho internacional “rige las relaciones entre Estados independientes”, indica que “las limitaciones de la independencia de los Estados no se presumen”. Oportunidad en que aceptó el argumento de Turquía en el sentido de que “en derecho internacional todo lo que no está prohibido está permitido”. El profesor español, cita, también, la sentencia arbitral en el *asunto del Lagos Lanós*, 16 de noviembre de 1957, donde se lee: “la soberanía territorial juega a modo de presunción. Debe inclinarse ante todas las obligaciones internacionales, cualquiera que sea la fuente de que deriven, pero sólo ante ellas”.

31 ORREGO VICUÑA, Francisco, “El Estado como sujeto de derecho internacional, la pérdida de la primacía”, en SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL, *Estudios 1983*, Santiago, Chile, 1983, p. 77 y *cf.* CONFORTI, Benetto, *Derecho internacional*, Buenos Aires, Zavalia Editor, 1995 p. 261 y ss.

32 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, *ob. cit.*, p. 77.

Al interpretar el sentido y alcance de la sentencia en el *asunto Lotus*, siguiendo a Sir H. Lauterpach, Carrillo sostiene: el pasaje citado significa que cuando la Corte, con el catálogo de fuentes formales que el artículo 38 de su Estatuto pone a su disposición, no encuentre fundamento para limitar la discrecionalidad del Estado soberano, no debe presumir la existencia de tal limitación. Ahora bien, dicho catálogo de fuentes formales de obligaciones jurídicas internacionales es amplio y complejo, y no se limita a las manifestaciones expresas de voluntades de los Estados, por lo que la única conclusión que es correcto deducir de la afirmación de la CPJI hace referencia a la discrecionalidad del Estado en derecho internacional.³³

Respecto de la sentencia en el *asunto del Lago Lanós*, el tribunal fue más preciso, pues afirmó que “en las condiciones para el ejercicio de competencias estatales, la soberanía territorial juega como presunción, y que al Estado soberano corresponde apreciar, razonablemente y de buena fe, las situaciones y las reglas que le conciernen”.

La jurisprudencia anterior lleva a concluir al internacionalista español que ella “apunta en realidad a dos nociones básicas y complementarias: de una parte, la discrecionalidad, el subjetivismo y el voluntarismo del Estado soberano; de otra, los límites que el derecho internacional imponen a una y a otros”. Y agrega:

Límites del derecho internacional a la discrecionalidad del Estado, porque ni aquella equivale a arbitrariedad ni la noción de soberanía, en cuanto libertad del Estado respecto de su poder de decidir y actuar, significa que la voluntad del Estado esté por encima de las obligaciones jurídicas impuestas por normas establecidas de derecho internacional. Así, en la sentencia de 18 de diciembre de 1951, en el asunto *Pesquerías*, entre el Reino Unido de Gran Bretaña y Noruega, el Tribunal Internacional de Justicia mostrará clara e inequívocamente la tensión y el equilibrio existente entre ambas nociones básicas, las de soberanía del Estado y de derecho internacional, al decir que

“La delimitación de los espacios marítimos tiene siempre un aspecto internacional; no puede depender de la sola voluntad del Estado ribereño tal como se expresa en su derecho interno. Si es verdad que el acto de delimitación es necesariamente un acto unilateral, porque sólo el Estado ribereño tiene competencia para verificarlo, por el contrario, la validez de la delimitación respecto a terceros Estados depende del derecho internacional”.³⁴

Carrillo Salcedo concluye afirmando que la soberanía, atributo exclusivamente reservado a los Estados, “expresa una realidad básica del orden internacional: cada Estado es, además y a la vez que sujeto del derecho internacional, órgano del mismo e intérprete, razonablemente y de buena fe, del alcance de sus obligaciones y de las consecuencias jurídicas de las situaciones que le conciernen. La relevancia del Estado resulta así clara pero, al mismo tiempo, esto es

33 Sir HERSCH LAUTERPACH, *The development of international law by the International Court*, Londres, 1958, p. 359-361, cit. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, ob. cit., p. 78.

34 CIJ, *Affaire des Pêcheries*. *Recueil*, 1951, p. 132.

algo muy distinto a concebir la soberanía del Estado como poder arbitrario, no sujeto a norma jurídica alguna”.³⁵

De donde, la soberanía del Estado imprime a los actos del Estado y al derecho internacional los rasgos de “subjetivismo y discrecionalidad, voluntarismo y relatividad”, pero, como por otro lado, el Estado no vive aislado, sino dentro de la “sociedad internacional”, se crea, entonces, una situación de tensión “entre lo individual y lo colectivo, entre la soberanía del Estado y el medio colectivo en el que el Estado vive y desenvuelve su actividad, la sociedad internacional”.

Ahora bien, la discrecionalidad, que se manifiesta, entre otras formas, en la tendencia del Estado soberano a querer determinar unilateralmente “lo que es y no es derecho internacional”, así como los efectos jurídicos de los cambios en las situaciones, tiene límites impuestos por el medio colectivo en el que los Estados viven y desarrollan su actividad, es decir la sociedad internacional. Tales límites se hallan en la buena fe y en el no formalismo del consentimiento estatal; en el principio de efectividad y en las normas imperativas de derecho internacional general.³⁶

Quizás la más acabada manifestación del nuevo concepto de soberanía se ha traducido en la idea -indicada anteriormente-, de que ella debe entenderse como una “competencia” que el Estado ejerce, tanto en sus relaciones externas como en sus asuntos internos, conforme a los principios y normas del derecho internacional.

Se trata, así, de un concepto de la soberanía que, sin conllevar en modo alguno el abandono ni, aún, el menoscabo del interés nacional, permite, igualmente, proteger el interés de tipo “comunitario”, que ampara y regula el ordenamiento internacional.

Por interés nacional se ha venido entendiendo, entre otras manifestaciones, aquél que existe en el Estado para el arreglo pacífico de las controversias internacionales y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; para fomentar las relaciones comerciales y económicas entre los países; para mejorar las condiciones sociales, culturales y de salud de sus pueblos; para asegurar el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales.

Los Estados con el fin de proteger estos intereses han empleado tradicionalmente la “cooperación internacional”; es decir, la libre y espontánea colaboración entre ellos, donde es posible la autolimitación de la soberanía nacional.

En cambio, para la protección del interés comunitario, se acude a la idea de la supranacionalidad. En contraste con el sistema anterior, la característica más sobresaliente radica en el ejercicio de competencias que autorizan a un órgano a tomar decisiones *erga omnes* -es decir,

35 CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, ob. cit., p. 80.

36 *Idem*, p. 89-229.

aplicables a todos los Estados miembros de la organización-, que afectan sus relaciones exteriores o asuntos internos. La institución supranacional, observa F. Rosenstiel, no posee las características de un Estado, pero ejerce y detenta ciertos poderes soberanos.³⁷

Es indudable que la soberanía, como se reconoce en el importante estudio de la Comisión de Gestión de Asuntos Políticos Mundiales, ha sido mal utilizada muy a menudo, pues en algunos casos los países poderosos han empleado un derecho pretendidamente soberano como arma contra los países débiles y en otras oportunidades los gobernantes ejercitaron su control sobre los instrumentos del Estado para usurpar las prerrogativas que se derivan del mismo. Utilizaron la soberanía para protegerse de las críticas internacionales por sus políticas brutales e injustas. Y en su nombre han negado a sus ciudadanos el libre y abierto contacto con el mundo.

Por ello de acuerdo a este informe, la igualdad soberana, la independencia territorial y la no intervención deben ser fortalecidas, lo cual compartimos, y consideramos, con sus autores, que ello puede hacerse a través de dos vías: “primero, se debe procurar que sean cumplidas con universalidad. Los dobles raseros deben ser eliminados: los Estados no deben tener la libertad de ampararse en un momento en la protección que aporta la soberanía y en otro momento ignorar los límites que impone. Segundo, hay que encontrar la forma de garantizar que quienes están en el poder no abusen de la soberanía. El ejercicio del poder soberano debe estar vinculado con la voluntad popular. Si el abuso de la soberanía no es bloqueado, será imposible incrementar el respeto hacia las normas que de ellas se derivan”.³⁸

2. *IUS COGENS* y DERECHOS HUMANOS

La norma *ius cogens* o *norma imperativa de derecho internacional general*, que como vimos constituye una limitación a la voluntad estatal, ha sido definida convencionalmente como la “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por otra ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo valor”.³⁹

El objetivo fundamental de las normas *ius cogens*, es la protección de los intereses y valores fundamentales de la comunidad internacional, razón por la cual para una adecuada protección se han colocado fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad estatal, con lo que se evita que los Estados puedan derogarlas.⁴⁰

37 ROSENSTIEL, Francis, *El principio de supranacionalidad. Ensayo sobre las relaciones de la política y el derecho*, trad. Fernando Murillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, p. 71; URIBE RESTREPO, Fernando, *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Tribunal de justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 49.

38 COMISIÓN DE GESTIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS MUNDIALES, *Nuestra comunidad global*, trad. Carlos Rodríguez Braun, Madrid, Alianza Editorial, 1955, p. 73.

39 Artículos 53 de las convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 y 1986.

40 LÓPEZ GOLDARACENA, Oscar, *Derecho internacional y crímenes contra la humanidad*, Montevideo, Asociación Americana de Juristas, 1986, p. 14.

No en balde, se comenta, los países en desarrollo vieron en estas normas un escudo frente a las realidades del poder y, a pesar de ser un límite al relativismo predicado del derecho internacional, no lo han considerado incompatible con la celosa defensa de su soberanía.⁴¹

Ahora bien, ¿existen normas imperativas de derecho internacional general *-ius cogens-* dentro de la normatividad de los derechos humanos? En caso afirmativo, ¿qué normas relativas a los derechos humanos tienen tal naturaleza?

El proceso del reconocimiento de tales normas en el campo de los derechos humanos se inició a través de la jurisprudencia internacional, la cual comenzó a identificarlas como principios de derecho de las naciones civilizadas, derivados del reconocimiento de la dignidad del ser humano. Estos principios no sólo se encuentran en los ordenamientos internos de los Estados sino también en el derecho internacional y se consideran obligatorios para los Estados, razón por la cual la protección de los derechos humanos no es una obligación que tienen los Estados por la ratificación de los tratados internacionales que los protegen sino que deriva también de dichos principios.

Así, por ejemplo, en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, se afirma que tal convención contiene

...principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional.⁴²

Y ese mismo órgano jurisdiccional, en el *asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, afirmó:

...el hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterles en condiciones penosas a coacción física, es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁴³

El Instituto de Derecho Internacional, en su resolución del 13 de septiembre de 1989, sobre la protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, expresa en su artículo 1:

Los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. La obligación de los Estados de asegurar su respeto se desprende del propio reconocimiento

41 REMIRO BROTONS, Antonio, *et al*, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 22.

42 CIJ, Recueil, 1951, pp. 23-24, *cit.* en CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, *ob. cit.*, p. 102.

43 CIJ, Recueil, 1980, párrafo 1, *cit.* en CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*, *ob. cit.*, p. 102.

de esta dignidad que ya proclaman la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Esta obligación internacional es, según fórmula utilizada por la Corte Internacional de Justicia, una obligación *erga omnes*: incumbe a todo Estado con respecto a la comunidad internacional en su conjunto y todo Estado tiene un interés jurídico en la protección de los derechos humanos. Esta obligación implica, además, un deber de solidaridad entre todos los Estados, con el fin de garantizar lo más rápidamente posible una protección universal y efectiva de los derechos humanos.

De las citas anteriores, tomadas a manera de ejemplo, podemos observar, en primer lugar, cómo se exige a los Estados el respeto y protección de los derechos humanos y, en segundo lugar, cómo la jurisprudencia internacional se refiere concretamente el respeto de todos los Estados por los principios reconocidos por las naciones civilizadas. Dichos principios establecen, entre otros, el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física.

¿Y dónde se pueden encontrar esos principios reconocidos por las naciones civilizadas? No sólo en los tratados sino también en otros instrumentos internacionales como las declaraciones y resoluciones que aprueba la Asamblea General de la ONU.

Precisamente ello explica el por qué en la actualidad se consideran como obligatorias -al menos para una gran parte de los internacionalistas- las declaraciones sobre derechos humanos tanto regional como universal. En efecto, si recordamos la opinión consultiva pedida por Colombia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tenemos que en esa ocasión dicho organismo, luego de afirmar que ella no es un tratado en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, sostuvo -con fundamento en la consideración jurisprudencial de la CIJ en el sentido de que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”-, que su valor debe ser “determinado en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”, para concluir:

La evolución del ‘derecho americano’ en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el derecho internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada como una obligación *erga omnes*.

En cuanto a los derechos humanos esenciales, la misma Corte indica que la Carta de la OEA, se refiere a ellos,⁴⁴ aunque “no los enumera ni los define”. Pero no obstante esto, sostiene más adelante que “...estos derechos no son otros que los enunciados y definidos en la De-

44 Cfr. Preámbulo -párrafo tercero-, y sus artículos: 3,j; 16, 43, 47, 51, 112 y 150.

claración Americana”. Recordando, inmediatamente después, cómo la Asamblea General de la Organización “ha reconocido además, reiteradamente, que la Declaración Americana es fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA.⁴⁵

En Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos se considera como un tratado que precisa obligaciones concretas, principios jurídicos de carácter general, que “ha constituido o ha generado un orden público europeo, o un conjunto de principios jurídicos de valor constitucional”.⁴⁶

Ahora bien, dentro de los derechos humanos que se enuncian en los precitados instrumentos, ¿existen algunos que puedan considerarse como normas imperativas de derecho internacional general *-ius cogens-*, no derogables por la voluntad estatal? Consideramos que sí existen, y ellos se encuentran en las convenciones americana y europea, pues allí se establece que no pueden ser derogados ni suspendidos:

- 1) Derecho a la vida;⁴⁷
- 2) Prohibición de la tortura y tratamientos degradantes;⁴⁸
- 3) Prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado u obligatorio,⁴⁹ y
- 4) Irretroactividad penal respecto a la tipificación del delito en cuanto a la pena más grave⁵⁰ y retroactividad de la ley penal que dispone una pena más leve.⁵¹

Estos derechos no derogables ni suspendibles, coinciden con los enunciados con características similares en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en los artículos 4, 6 a 8 y 11, 15, 16 y 18.

Esta enumeración de los derechos que constituye lo que algunos juristas llaman el *núcleo duro de los derechos humanos fundamentales*,⁵² coincide sustancialmente con la mayor

45 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión consultiva OC-10/89*, del 14 de julio de 1989, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte, 1990, p. 20 y ss.

46 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, p. 43 y ss.

47 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4 y Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 2.

48 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5 y Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 3.

49 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6 y Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 4.

50 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 7.

51 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9; *cfr.* GROS ESPIELL, Héctor, *La convención americana y la convención europea de derechos humanos. Análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 126 y ss.

52 “El núcleo duro de los derechos humanos fundamentales, y por ello absolutos e inderogables, explica Carrillo Salcedo, expresa una aspiración ética que enlaza con ideas que ya estaban en los Preámbulos de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, relativas a las leyes de guerra -las leyes de humani-

parte de los delitos que se han tipificado en el *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura en 1996 y en el *Proyecto de responsabilidad internacional del Estado*.

El primer proyecto citado define el crimen contra la humanidad, como la “comisión sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política o grupo de cualquiera de los actos siguientes: a) asesinato; b) exterminio; c) tortura; d) sujeción a esclavitud; e) persecución por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos; f) discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos que supongan la violación de los derechos y libertades fundamentales y que entrañen graves desventajas para una parte de la población; g) deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; h) encarcelamiento arbitrario; i) desaparición forzada de personas; j) violación, prostitución forzada y otras formas de abuso sexual; k) otros actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves.”⁵³

El segundo proyecto hace una distinción entre delitos y crímenes, para, dentro de los últimos ubicar aquellos que violan normas consideradas como *ius cogens*.

3. CERTIFICACIÓN SOBRE DERECHOS HUMANOS

Nos referiremos brevemente a los actos unilaterales estatales que tiene como objetivo la calificación de la conducta de otros Estados respecto a su cumplimiento de las normas sobre derechos humanos, bien sea evaluándola o certificándola, sin que medie para ello autorización expresa o tácita de la comunidad política afectada, ni de la comunidad internacional, razón por la cual surge la cuestión de la legitimidad del acto estatal.

El origen de tales certificaciones, se encuentra en la legislación interna de los Estados, que les atribuye, además, consecuencias que trascienden su propio ordenamiento.

Un ejemplo es la ley 94-329 de los Estados Unidos de América, que reglamenta su ayuda a la seguridad de otros Estados. En ella, su otorgamiento y permanencia se condiciona a que los favorecidos, no incurran en “una práctica sistemática de violaciones masivas de los derechos humanos internacionalmente reconocidos por todos los países”.

Situación análoga se presenta con la llamada Enmienda Leahy, aprobada el 30 de septiembre de 1996. Como observa Felipe Piquero, la restricción al otorgamiento de la ayuda en

dad y las exigencias de la conciencia pública-, y ha contribuido a dar concreción y precisión jurídica a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, categorías jurídicas que han ido entrando progresivamente en la doctrina y en la práctica internacionales ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en la idea de humanidad, frente a la pretendida omnipotencia de la voluntad de los Estados en derecho internacional”.

53 NACIONES UNIDAS, A/51/10, p. 100 y ss.

cuestión se presenta, siempre que “la asistencia busque otorgarse a una unidad de la fuerza de seguridad de un Estado (concepto que no incluye a las fuerzas de policía), sobre la cual el secretario de Estado tenga evidencia suficiente acerca de la comisión de graves violaciones de derechos humanos, concepto éste que incluye la tortura, el trato o castigo cruel, inhumano o degradante, la detención arbitraria, la desaparición y otras ofensas flagrantes al derecho a la vida, a la libertad o a la seguridad de la persona, en los términos de la sección 502 de la citada ley de asistencia extranjera (USC 2304)”.⁵⁴

De las dos leyes anteriormente mencionadas, se infiere:

- a) El gobierno estadounidense califica unilateralmente a los Estados, o a sus órganos, la observancia y respeto de los derechos humanos, y
- b) La ayuda para la seguridad de los Estados extranjeros se encuentra condicionada a su evaluación positiva, salvo que para los Estados Unidos de América sea conveniente otorgar dicha ayuda por razones de interés o seguridad nacional.

Esta situación, al igual que las medidas adoptadas por el gobierno estadounidense relacionadas con la aplicación extraterritorial de su ley penal y comercial, ha llevado a que la comunidad mundial y latinoamericana, especialmente, tome conciencia de tales hechos y se pronuncie, desde hace algunos años, contra los actos unilaterales de esta naturaleza.

Tal repudio se ha reiterado, recientemente, en la VII reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos, celebrada entre el 8 y 9 de noviembre de 1997, y en la XVII asamblea general del Parlamento Latinoamericano, que acaba de clausurarse en Sao Paulo. En la primera reunión, se aprobó una declaración donde se lee: “Expresamos nuestra preocupación por la creciente tendencia a aplicar unilateral y extraterritorialmente medidas legislativas internas de un Estado a otros, algunas de las cuales constituyen una flagrante violación del derecho internacional y la soberanía de los Estados. En particular, reiteramos nuestro enérgico rechazo a la puesta en práctica de la denominada ley Helms Burton, así como a las recientes acciones del Congreso de los Estados Unidos orientadas a ampliar el alcance de tal legislación. *Esta tendencia que se ha hecho patente además en las evaluaciones sobre derechos humanos*, en los procesos de certificación en la lucha contra el narcotráfico, en cuestiones medioambientales y en los intentos de condicionar la cooperación en las formas de votación de los países en los organismos internacionales, afecta el orden internacional y la armonía que debe regir las relaciones entre los Estados” (subrayamos).⁵⁵

Es un hecho que tal certificación viola una serie muy importante de principios del derecho internacional público, como son, fundamentalmente: la igualdad soberana, la independencia estatal, la no intervención en los asuntos internos de los Estados y las normas de conviven-

⁵⁴ PIQUERO, Felipe, *Ley de apropiaciones de 1997. Enmienda Leahy. Campo de aplicación*, sin publicar, 1997, p. 1.

⁵⁵ Sin publicar.

cia internacional. Principios que se encuentran en la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, de 21 de diciembre de 1970. Esta declaración, consideramos pertinente y oportuno recordarlo, si bien no se refiere a estos principios como normas de *ius cogens*, si los califica como básicos, esenciales e indispensables, razón por la cual algunos tratadistas consideran tal declaración como una enunciación de tales normas.

Por lo anterior, es plenamente comprensible y válida la exigencia que la comunidad internacional hace a Estados Unidos para que suspenda tal actitud, porque ella, como bien lo afirmaron los jefes de Estado y de gobierno iberoamericanos, afecta el orden internacional y la armonía que debe regir las relaciones entre los Estados.

Esta situación pone de manifiesto que no obstante la existencia en Europa y América de tribunales que velan por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en el campo de los derechos humanos, aún es necesario avanzar en la búsqueda de nuevos elementos que permitan un mayor control sobre su promoción, respeto y aplicación, y que evite, además, los pronunciamientos estatales unilaterales, muchos de los cuales van unidos a decisiones que perjudican a las comunidades políticas a las cuales se les aplican, sin que realmente actúen en beneficio de un mayor respeto a los derechos humanos que supuestamente tratan de proteger.⁵⁶

Uno de tales elementos, podría ser la constitución de una Corte Penal Internacional, tal como se consideró en los inicios de la ONU y se ha vuelto a plantear, principalmente, ante las atrocidades cometidas en la ex-Yugoslavia. Tal organismo jurisdiccional vendría a complementar la justicia nacional. La CDI ha elaborado ya un proyecto de estatuto.⁵⁷ Paralelamente a esto, debemos recordar los trabajos que este mismo organismo viene adelantando en relación con el *Proyecto sobre responsabilidad de los Estados*, aún en estudio,⁵⁸ y el *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, ya concluido.⁵⁹ Temas estos que, lamentablemente, escapan a nuestro estudio en esta oportunidad.

4. CONCLUSIONES

De lo expuesto, podemos inferir:

1. La soberanía, al igual que la entendió Bodino, no es un poder plenamente absoluto e ilimitado de que disfrutaban los Estados;

56 Cfr: INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS, *La condicionalidad en las relaciones internacionales: ¿sirve para la protección de los derechos humanos?*, Santa Fe, 1996.

57 NACIONES UNIDAS, A/49/10, p. 12 y ss AMNISTÍA INTERNACIONAL, *En pos de la justicia: ha llegado la hora de crear una Corte Penal Internacional*, España, Secretariado Internacional, 1995, p. 1 y ss.

58 NACIONES UNIDAS, A/52/10, p. 135

59 NACIONES UNIDAS, A/51/10, p. 10 y ss.

2. Por soberanía se entiende el poder del Estado sujeto al derecho, que lo faculta para regular sus asuntos internos y externos en forma autónoma, libre de toda injerencia o coacción proveniente del ámbito interno o externo del país; es decir, este poder en cuanto a su otorgamiento o ejercicio no depende de ningún otro de igual naturaleza ni, tampoco, puede estar condicionado a alguno semejante;

3. El poder soberano, se encuentra integrado por un conjunto de competencias, que son el instrumento de que se vale el Estado para lograr su fin por excelencia: el bien común de la sociedad estatal y el de la sociedad internacional;

4. La soberanía nacional, concebida en los términos indicados, debe seguirse afirmando y manteniendo por ser vital para la existencia y seguridad de los Estados;

5. La soberanía se encuentra limitada por el derecho internacional, principalmente por las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*); sin embargo, debe tenerse presente, que, de acuerdo a la jurisprudencia internacional y una importante orientación doctrinal, la limitación de la soberanía no se presume sino que debe ser demostrada con base en las fuentes del derecho internacional y corresponde a cada Estado, en principio, determinar “razonablemente y de buena fe, las situaciones y las reglas que le conciernen”, debiendo tener siempre presente los intereses y valores de la sociedad internacional, dentro de la cual desarrolla su actividad;

6. Los derechos humanos que se encuentran precisados en la Declaración Americana de los Derechos Humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos -como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, al igual que en las numerosas convenciones sobre la misma materia, deben ser protegidos y respetados por los Estados, por cuanto la obligatoriedad de su cumplimiento es una norma *erga omnes*, como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina internacionales;

7. Dentro de los preceptos de protección de los derechos humanos, se encuentran algunos que tienen el carácter de disposiciones imperativas -*ius cogens*-, por su carácter de inderogabilidad y por no permitirse la suspensión en su aplicación. Estos dos elementos, que constituyen el criterio de su identificación, nos ha permitido precisar, en las convenciones americana y europea sobre derechos humanos, como disposiciones de tal naturaleza: a) el derecho a la vida), b) prohibición de la tortura y tratamientos degradantes; c) prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado u obligatorio y d) irretroactividad penal respecto a la tipificación del delito en cuanto a la pena más grave y retroactividad de la ley penal que dispone una pena más leve.

Estos derechos no derogables ni suspendibles, coinciden con los enunciados de características similares en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en los artículos 4, 6 a 8 y 11, 15, 16 y 18, y con los delitos que por su violación se consagran en el *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en segunda lectura, en 1996;

8. El pronunciamiento unilateral que hace un Estado respecto del cumplimiento por otros Estados de los derechos humanos, es contrario al derecho internacional, por violar principios esenciales de ese ordenamiento, como son: la igualdad soberana, la independencia estatal, la no intervención en los asuntos internos de los Estados y las normas de convivencia internacional, y

9. El incremento necesario en los medios de protección a los derechos humanos, se vería fortalecido con el establecimiento de una Corte Penal Internacional, cuyo objetivo sea la sanción para las personas responsables de haber “concebido, ordenado o perpetrado graves crímenes contra el derecho internacional”, dentro de los cuales se encontrarían los que van contra los derechos humanos, cuando ellos no haya sido posible juzgarlos en los tribunales nacionales.

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Humberto Nogueira Alcalá^(*)

Nuestra Constitución en armonía con el derecho internacional de los derechos humanos ha asegurado, junto con las modalidades clásicas de protección de los derechos, “un conjunto de garantías jurisdiccionales y procesales, que han sido elevadas al rango de derecho fundamental, pasando de ser meras garantías de los derechos, a ostentar el carácter de garantía como derechos fundamentales”.¹

1. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

1.1. Nuestra Constitución asegura a todas las personas “*La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*”.

Dicha norma se complementa en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución, entre otros, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y con la Convención Americana de Derechos Humanos. Ambos tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes los cuales forman parte del bloque de constitucionalidad de los derechos esenciales, constituyendo obligación constitucional imperativa para todos los órganos del Estado su respeto y promoción.

(*) Nogueira Alcalá, Humberto. Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Decano Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile.

1 Figueruelo Burrieza, Angela. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Ed. Tecnos, Madrid, España 1990. pág. 20.

1.2. Al efecto tales tratados complementan la disposición constitucional en análisis contribuyendo a facilitar la determinación de su contenido y delimitación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 8, párrafo 1, determina:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por el juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El Pacto de San José de Costa Rica, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, como dice la Corte I.D.H., “no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”.²

En efecto, el artículo 8 de la Convención Americana exige que se respeten y garanticen: 1) los derechos de acción, contradicción y defensa con debidas garantías, dentro de un plazo razonable por un juez objetivo e imparcial, establecido con anterioridad por la ley; 2) la presunción de inocencia en materia penal y la siguientes garantías mínimas: a) asistencia gratuita de traductor o intérprete en caso de no entender o hablar el idioma del tribunal; b) notificación previa de la denuncia en contra del afectado; c) otorgación de tiempo razonable al inculpado y la concesión de los medios adecuados para preparar su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse por sí mismo o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con éste último; e) derecho a un defensor de oficio, si no se defendiera o no designare a un defensor en la oportunidad prevista en la legislación interna; f) derecho de la defensa a interrogar a los testigos y obtener la comparencia de testigos, peritos y otras personas que permitan descubrir la verdad de los hechos; g) derecho de recurrir del fallo ante un Tribunal superior; 3) nulidad de la confesión obtenida con coacción ilegítima sobre el imputado; 4) el principio de la cosa juzgada y el principio de no ser juzgado dos veces sobre la misma causa (*non bis in idem*); 5) la publicidad del proceso penal.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C. y P.), en su artículo 14, párrafo 1 prescribe:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.

² Corte I.D.H. O.C.-9/87, párrafo 27.

A su vez, el artículo 25 de la CADH, establece el derecho a la protección judicial en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicios de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recursos judiciales, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso.

1.2.1. De acuerdo con este bloque de constitucionalidad se asegura el derecho de las personas a obtener una tutela efectiva e igualitaria de las autoridades o tribunales que ejercen jurisdicción, en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos o, situaciones jurídicas subjetivas. Así todo acto o poder, incluidos los actos jurisdiccionales que vulneren tal derecho, constituye una violación del derecho de las personas a la protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Las personas tienen un derecho a que el poder público se organice de modo que la justicia quede garantizada, lo que se logra con el derecho a la jurisdicción o a la tutela jurisdiccional de los derechos por los tribunales o autoridades competentes.

Pero no sólo se dirige al legislador, sino también al órgano jurisdiccional interno, ya que de acuerdo a una interpretación sistemática y finalista del artículo 5º inciso 2º, 6º, 19 Nº 3 y Nº 26 de la Constitución en armonía con los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene el derecho a exigir una tutela jurisdiccional efectiva de sus derechos en aquellos campos y respecto de aquellos derechos asegurados por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes.

En efecto, la CADH en su artículo 1º establece que los Estados Partes en la Convención, “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, sin discriminación alguna. El artículo 2º establece el deber de adoptar “con arreglo a sus procedimientos y las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Dentro de las “medidas de otro carácter” están las medidas jurisdiccionales que deben adoptar los tribunales de justicia, para al tenor del artículo 5º de la Constitución, “respetar y promover” los derechos asegurados por la Constitución y los tratados internacionales, obligación vinculante de carácter inmediato al tenor del artículo 6º de la Constitución, cuyo inciso primero determina en forma imperativa que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, preceptos que de acuerdo al inciso 2º, del artículo 5º “obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos, como a toda institución, persona o grupo”, finalizando el inciso tercero con el señalamiento que “la infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determina la ley”.

El acceso efectivo a la jurisdicción se concreta como lo establece el artículo 25 de la CADH, a través de las acciones y recursos pertinentes que deben cubrir todos los derechos constitucionales asegurados por la Constitución, por las convenciones internacionales y las leyes, en forma “efectiva”, “sencilla” y “rápida”, estableciendo la obligación de los órganos del Estado Parte a través de medidas legislativas o “de otro carácter” a garantizar tal derecho por la autoridad jurisdiccional, a desarrollar la acción o recurso judicial y a garantizar el cumplimiento de las decisiones emanadas de la resolución que haya estimado procedente el recurso.

Como señala la Corte I.D.H.,

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o, por cualquier causa, no se permite al presente lesionado el acceso al recurso judicial.³

Así, como señala la misma Corte I.D.H.,

Los Estados partes (en la Convención Americana) se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25, recursos que deben ser sustanciados en conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.⁴

3 Corte I.D.H. O.C.-9/87, párrafo 4.

4 Corte I.D.H. Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi, Solís Corrales y Godínez Cruz. Excepciones preliminares. Sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90, 91 y 92, respectivamente.

La Corte I.D.H., en su Opinión Consultiva sobre “Garantías judiciales en Estados de Emergencia”, ha determinado que

el concepto de debido proceso legal recogido en el artículo 8 de la Convención debe entenderse como aplicable, en lo esencial a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aún bajo el régimen de suspensión regulado en el artículo 27 de la misma,⁵ [agregando que] relacionado el artículo 8 con los artículos 7.6 (Habeas Corpus), 25 (derecho de amparo) y 27.2 (derechos no suspendibles en estados de emergencia) de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la convención, puedan considerarse como garantías judiciales.⁶

Existe así un derecho a exigir la tutela judicial efectiva de los derechos ante los órganos competentes, constituyendo su obstaculización una situación de denegación de justicia, de la cual es responsable, en última instancia, el Estado de Chile, ante los organismos internacionales protectores de los derechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en su caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El derecho a la jurisdicción o a la tutela jurisdiccional de los derechos constituye un instrumento de defensa que el Estado pone en manos de las personas en reemplazo de la autotutela, esta última inaceptable dentro del Estado Constitucional y del Estado de Derecho, lo que obliga a configurarlo de manera que se establezca en su favor el mayor grado de garantías posibles.

El respeto a este derecho establecido por el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, más aún, el deber de promoverlo, está especialmente dirigido al legislador, ya que si al regular el derecho lo desnaturaliza, afectando su contenido esencial, ello supone una acción inconstitucional.

1.2.1.1. A su vez, la norma asegura “*la igual protección de la ley*”, lo que implica que todas las personas que recurren ante cualquier autoridad o tribunal, para la protección de sus derechos o intereses legítimos, debe garantizársele un plano de igualdad jurídica, sin que existan privilegios basados en la raza, origen nacional, condición social, raza, sexo, religión u opinión política entre otros, y sin que sea posible establecer discriminación, vale decir, diferencias arbitrarias.

1.2.1.2. Así cuando se afecten derechos o intereses legítimos de las personas y no exista ley o tribunal que regule cómo y ante qué órganos recurrir, el conocimiento y resolución de dicha situación recaerá en los tribunales ordinarios de justicia, como consta de los antecedentes de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en su sesión 103, que constituye un indicio significativo al respeto, en relación al sentido y alcance de la norma.

5 O.C. 9/87, párrafo 29.

6 *Ibidem*, párrafo 30.

Esta posición se ve reforzada si consideramos el artículo 73 inciso 2º de la Constitución, regla jurídica que prescribe el principio de inexcusabilidad en la administración de Justicia de los tribunales ordinarios de justicia: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.

Así existe una sustantividad propia del inciso primero del artículo 19 N° 3, la que puede afirmarse independientemente de las garantías procesales que se establecen en los incisos siguientes, aún cuando haya una relación de causa a efecto entre ellos.

1.2.1.3. Este derecho de acceso a la autoridad, órgano o tribunal que tiene competencias jurisdiccionales constituye un derecho de carácter prestacional, el que debe ser configurado por el legislador, aún cuando éste último no puede interponer ningún obstáculo a tal derecho esencial sin vulnerar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos antes aludidos, debiendo siempre respetar el contenido esencial de tal derecho, de acuerdo con la garantía normativa del artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental.

Como todo derecho, el derecho a una tutela efectiva por la ley y los tribunales de los derechos e intereses legítimos, no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar substancialmente el derecho complementario a la defensa.

1.2.1.4. El derecho a la tutela judicial tiene un contenido complejo que se descompone en el derecho de acceso a la jurisdicción o al proceso; el derecho al uso de los instrumentos que en él se proporcionan para la defensa de los respectivos derechos o intereses legítimos, el derecho al respeto del principio de contradicción, de manera tal que los afectados o partes contendientes, en una posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar sus consideraciones a objeto de obtener el reconocimiento jurisdiccional o judicial de sus posiciones.

Este derecho a la tutela de la autoridad o tribunal que ejerce jurisdicción implica el acceso a ella, el que el tribunal o autoridad conozca de la materia y la resuelva, vale decir, juzgue y haga ejecutar lo juzgado con eficiencia y dentro de un plazo razonable.

1.2.1.5. De esta forma, todas las disposiciones de carácter procesal deben necesariamente ser interpretadas en clave constitucional, debiendo ser interpretados antiformalistamente y en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a la jurisdicción de las personas en la protección de sus derechos e intereses legítimos.

El derecho a la protección o tutela judicial de los derechos impide una perspectiva excesivamente formalista del legislador, no es admisible a la luz del derecho en análisis, el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no es coherente ni

concordante con el derecho a la justicia, es decir, aquellos requisitos que no aparezcan justificados, legitimados y proporcionados conforme a sus finalidades, que no sean adecuados a la Constitución. Los juicios de razonabilidad y proporcionalidad deben regir esta materia.

Con tal afirmación no desconocemos que las formas y requisitos procesales cumplen una función importante para la ordenación del proceso, sólo señalamos que no cualquier irregularidad formal puede constituirse en un obstáculo insalvable para la protección jurisdiccional de los derechos. Así los requisitos formales deben interpretarse y aplicarse en forma flexible, atendiendo a su finalidad y procurando que respecto de su incumplimiento no se anuden consecuencias ilegítimas o desproporcionadas en relación al fin de protección de los derechos de las personas.

Por último, es necesario señalar que deben interpretarse con amplitud las fórmulas de las leyes procesales que atribuyen legitimidad activa para acceder a la jurisdicción, ya que una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio vulnera el derecho establecido en este primer inciso del artículo 19 N° 3, en armonía con los artículos 14 del PIDC y P y los artículos 8°, párrafo 1°, y 25° de la CADH.

1.2.1.6. A su vez, este derecho de acceso a la tutela efectiva de los órganos o tribunales que ejercen jurisdicción, implica el derecho a escoger, por parte del sujeto afectado en sus derechos e intereses legítimos, la vía judicial que estime más conveniente para su defensa, siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes, constituyendo la denegación o privación de ella, si fuere indebida, una violación del derecho en comento constituyendo una denegación de tutela jurisdiccional efectiva.

1.2.1.7. A su vez, el contenido normal del derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos de las personas en forma efectiva, no impide que el derecho se encuentre cumplido cuando la resolución judicial es de inadmisión, siempre que ella sea dictada en aplicación razonada de una norma legal, debiendo responder tal razonamiento a una interpretación de las normas legales en conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho esencial.

1.2.2. *La autoridad que ejerce jurisdicción debe ser objetivamente independiente y subjetivamente imparcial.*

Este derecho a un tribunal objetivamente independiente y a autoridades judiciales subjetivamente imparciales forma parte del derecho a una protección jurisdiccional de los derechos de las personas asegurado en el artículo 19 N° 3, inciso primero, analizado sistemáticamente en conformidad con el artículo 14 párrafo 1 del PIDC y P y el artículo 8° párrafo 1 de la CADH.

En esta perspectiva, el Tribunal Constitucional chileno, en sentencia Rol N° 53, del 5 de abril de 1988, determinó:

H) La independencia e imparcialidad no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de juez.

Este Tribunal está de acuerdo en

que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más, a juicio de este Tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además son elementos consustanciales al concepto mismo de tal.

En efecto si se busca proteger los derechos e intereses legítimos de las personas contra las actuaciones de terceros, incluido el Estado, es obvio que el órgano jurisdiccional protector de los derechos debe ser independiente de los órganos políticos, especialmente del gobierno. La independencia del Poder Judicial es un elemento básico del Estado de Derecho y del Constitucionalismo democrático representativo, el cual se estructura sobre la base de la distribución del Poder Estatal en órganos diferenciados que desarrollan funciones específicas. La falta de independencia funcional de los tribunales de justicia afecta y vulnera el derecho a un tribunal independiente que exige el bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales.

A su vez, se encuentra afectada la imparcialidad de los jueces, cuando éstos no tienen únicamente en consideración los hechos en consonancia con el derecho, sin restricciones o alicientes, sin influencias, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualquier sector y por cualquier motivo. Los jueces deben ser personas íntegras, idóneas y con calificación jurídica apropiada, todo lo cual debe garantizarse con un método de selección adecuado, en el cual no se establezcan diferencias arbitrarias o discriminaciones por motivo de raza, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición. Asimismo, debe garantizarse su inamovilidad hasta la edad de retiro o cumplimiento del período para el que hayan sido nombrados o elegidos de acuerdo con los preceptos legales respectivos.

Así, en esta perspectiva, la reforma procesal penal en curso en Chile, cuya primera parte, a través de la reforma constitucional de 1997, que crea el Ministerio Público, es indispensable, ya que, en principio, no hay juez imparcial cuando se instruye el proceso y se juzga por un mismo juez, ya que la actividad instructora en cuanto pone al juez en contacto con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede afectar el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores intenciones, produciendo impresiones favorables o desfavorables respecto del acusado que influyen al momento de resolver a través de la sentencia el asunto criminal respectivo. Aunque ello no ocurra, el juez que ha instruido y que va a fallar el asunto puede provocar prevenciones, las cuales se ven aumentadas cuando las actividades del sumario no son públicas ni contradictorias. La reforma en curso soluciona este problema.

Como lo entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en base al artículo 14 párrafo 1 del PIDC y P y el artículo 61 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales de 1950, la actuación como juez en un tribunal senten-

ciador de quien ha ejercido como juez instructor de la causa, constituye una infracción a las disposiciones de las convenciones antes señaladas por vulnerarse el derecho a un juez imparcial.

2. LA CONSTITUCIÓN ASEGURA TAMBIÉN, EN EL PRECEPTO EN ANÁLISIS, EL DERECHO A DEFENSA JURÍDICA EN LA FORMA QUE LA LEY SEÑALA, SIN QUE NINGUNA AUTORIDAD O INDIVIDUO PUEDA IMPEDIR, RES-TRINGIR O PERTURBAR LA DEBIDA INTERVENCIÓN DEL LETRADO SI ELLA HUBIERE SIDO REQUERIDA. LA LEY ARBITRARÁ LOS MEDIOS PARA OTORGAR ASESORAMIENTO Y DEFENSA JURÍDICA A QUIENES NO PUEDAN PROCURÁRSELOS POR SÍ MISMOS.

2.1. El derecho de defensa asegurado por el inciso 2º del artículo 19 N° 3 de la Constitución, implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes pueden hacer valer sus derechos o intereses legítimos, que tiene como presupuesto básico el debido emplazamiento de las partes, sin el cual no se puede comparecer en juicio y defender las respectivas posiciones.

La indefensión consiste, como lo ha señalado en forma pedagógica el Tribunal Constitucional español,

en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (S.T.C. 89/1986).

Consideramos pertinente agregar, como lo señala el mismo Tribunal Constitucional Español que,

El concepto de indefensión con trascendencia constitucional es de carácter material y no exclusivamente formal, de modo que no podrá alegarse... si no se ha observado frente (al tribunal), en el curso de las diferentes fases procesales, la debida conducta diligente con miras a propiciar su rectificación (STC 8/1991).

La indefensión debe ser imputable de modo directo e inmediato al órgano jurisdiccional y ser de carácter definitivo, no siendo provocada ni consentida por la parte por negligencia o impericia. Algunos ejemplos de situaciones que pueden provocar indefensión son las siguientes:

- a) no tener en cuenta documentos debidamente acompañados y extraviados en se-

cretaría.

- b) afectar los derechos de un tercero que no es parte ni tiene noticias del proceso.
- c) actuar con incongruencia ante cuestiones planteadas (objeto del proceso) y sentencia *ultra o infra o extra petita*, etc.

El derecho a la defensa contradictoria de las partes en un proceso, mediante la oportunidad de alegar y probar sus derechos e intereses constituye una exigencia de los principios de contradicción y audiencia bilateral, que son manifestaciones de carácter básico del derecho a la protección jurisdiccional de los derechos de las personas. Así un órgano judicial que no permite a una parte en el curso de un proceso alegar lo que crea oportuno en su defensa o replicar dialécticamente las posiciones contrarias, en los términos considerados por la norma procesal, viola el principio de contradicción y, con ello, incurre en denegación de tutela jurisdiccional y derecho a la defensa.

En todo caso, es conveniente complementar lo señalado en los párrafos anteriores, estableciendo que la vulneración del derecho a la tutela judicial y a la defensa se concreta sólo cuando del incumplimiento formal de las normas procesales se deriva en perjuicio material para el afectado en sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción.

2.2. A su vez, el derecho a defensa jurídica implica el consiguiente derecho a solicitar y obtener la intervención del abogado ante cualquier actividad jurisdiccional o cualquier autoridad. La actuación del abogado no puede ser impedida o restringida por el legislador u otro órgano o autoridad. La intervención del letrado debe ser, en todo caso, pertinente y respetuosa, realizándose conforme a las exigencias del debido proceso o justo y racional procedimiento.

El derecho a la defensa y la intervención del abogado es una garantía de una tutela jurisdiccional efectiva, asegurando el principio de igualdad de las partes y de contradicción que impone al órgano jurisdiccional el evitar limitaciones en la defensa que puede producir en alguna de las partes una situación de indefensión.

2.3. La disposición constitucional en análisis asegura, en su inciso tercero, el derecho a la jurisdicción de los que carecen de recursos económicos, dotándolos de defensa y asistencia letrada. Ello se concreta a través de las actuales Corporaciones de Asistencia Judicial, reguladas por la ley 17995 y el Decreto 265 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial del 2 de octubre de 1985, como asimismo, por los abogados de turno.

La asistencia judicial gratuita no se satisface por el simple nombramiento o designación del abogado de oficio, ya que el derecho debe ser a una asistencia jurídica que tenga efectividad, a una defensa jurídica en el pleno y completo sentido de la expresión, que no se obtiene con la pasividad del letrado designado o nombrado, ya que si éste último no desarrolla su función, se produce indefensión y el derecho a la asistencia del profesional idóneo que establece la Constitución se convierte en palabras vacías, quitándole fuerza normativa a este derecho y garantía Constitucional. Así, el derecho de carácter prestacional a defensa jurídica y asistencia de un letrado idóneo gratuito no se satisface con la mera designación o nombramiento del aboga-

do si hay ausencia de asistencia jurídica efectiva, en cuyo caso se lesiona el derecho constitucional, produciendo como consecuencia la indefensión. En casos similares a las situaciones analizadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado la existencia de responsabilidad del Estado afectado por vulneración del derecho a la defensa en los casos *Ártico* de 13 de mayo de 1980 y el caso *Patelli* del 25 de abril de 1983.

En todo caso, la ausencia de asistencia letrada gratuita efectiva para que provoque indefensión material debe haber producido algún perjuicio a la parte afectada.

El derecho de defensa garantizado a través de asistencia letrada gratuita tiene su máximo grado de aplicación en el proceso penal, aún cuando ella ampara a todos los que comparecen ante cualquier jurisdicción, sin perjuicio de que las normas procesales permitan, en virtud de la simplicidad del procedimiento, la comparecencia personal, ya que la asistencia letrada tiene por finalidad asegurar la igualdad de armas de las partes y el principio de contradicción.

A su vez, las normas legales deben interpretarse siempre en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos de las personas y, en virtud de ello, al establecerse excepciones a la intervención del abogado en ciertos procesos, no se está obligado a las partes a que actúen personalmente, sino otorgándoseles la facultad de elegir entre la autodefensa y la defensa letrada y técnica, siendo ambas alternativas idóneas para realizar en tales casos actos procesales de carácter válido. Así el derecho a la asistencia del abogado permanece intacto en tales supuestos, quedando su ejercicio a disposición de lo que determina el interesado, lo que conlleva en principio, el derecho del afectado pobre a que se le provea asistencia de abogado gratuita, si así éste lo considera conveniente para la mejor defensa de sus derechos o intereses legítimos.

En todo caso el derecho analizado no tiene un carácter absoluto, ya que este derecho es un instrumento puesto por la Carta Fundamental para hacer efectivo el principio de igualdad de armas de las partes en su defensa y, por tanto, su reconocimiento es procedente cuando sea imprescindible para situar a quién carece de medios económicos al mismo nivel de defensa que la parte contraria y será improcedente si con ello se pone a la parte contraria en inferioridad de condiciones, ya que debe atenderse a la finalidad del precepto que es garantizar la igualdad de oportunidades entre las partes del proceso.

Nos parece así que se vulnera este derecho a la asistencia letrada gratuita cuando se deniega un abogado de oficio para quien carece de medios económicos, con el sólo argumento de que el proceso respectivo no requiere intervención obligatoria de abogado, pero tampoco esta negación implica automáticamente vulneración del derecho a asistencia judicial gratuita, ya que la Constitución concede protección a los derechos concretos y reales de las personas, lo que obliga a examinar la posible vulneración del derecho atendiendo al contenido y finalidad del mismo que se considera afectado, lo que permite discernir si dicha violación se ha o no producido efectivamente, más allá de la mera apariencia formal.

2.4. Por otra parte, este derecho a la asistencia letrada es concurrente con el derecho a la otra

parte a un proceso sin dilaciones indebidas, el cual también debe ser protegido adecuadamente, debiendo evaluarse en cada caso concreto la situación específica, a fin de evitar que la petición de asistencia judicial gratuita no sea solo una maniobra dilatoria para prolongar una situación jurídica que aparece desde el inicio del proceso como insostenible.

3. La Constitución contempla una excepción al principio de unidad de la jurisdicción en su artículo 19 N° 3 inciso 3°, al establecer que, TRATÁNDOSE DE “INTEGRANTES DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA, ESTE DERECHO SE REGISTRÁ EN LO CONCERNIENTE A LO ADMINISTRATIVO Y DISCIPLINARIO POR LAS NORMAS PERTINENTES DE SUS RESPECTIVOS ESTATUTOS”.

Surge así una jurisdicción especial diferente de la ordinaria que regula la materia, la jurisdicción militar que opera cuando se lesionan bienes jurídicos de carácter militar.

En esta materia debe considerarse la competencia de dichos tribunales en forma restrictiva, debiendo reducirse al mínimo el enjuiciamiento de civiles por tal jurisdicción, asimismo, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en relación al artículo 14 del PIDC y P ya mencionado, el enjuiciamiento de civiles por tribunales de justicia debe ser equitativa, imparcial e independiente, lo que debe valorarse en cada caso específico.

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que los oficiales en servicio activo que dependen de una cadena de mando jerárquico, que carecen de inmovilidad, y en algunos casos, por razones profesionales, de formación jurídica apropiada exigible a un juez, sólo puede justificarse por la naturaleza excepcional de las situaciones en que deben intervenir. Una jurisdicción amplia de estos tribunales más allá del ámbito específico de la materia militar, en tiempos de paz, constituye una extralimitación de sus fines y un menoscabo del derecho a un tribunal objetivo e imparcial (Informe Chile, 1985).

Así, el no respeto del ámbito jurisdiccional natural y la exacerbación de dicha jurisdicción puede afectar el derecho al juez natural ordinario predeterminado por la ley.

4. El inciso cuarto del artículo 19 N° 3 asegura el derecho de las personas a que “NADIE PUEDE SER JUZGADO POR COMISIONES ESPECIALES, SINO POR EL TRIBUNAL QUE LE SEÑALE LA LEY Y, QUE SE HALLE ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD POR ESTA”.

4.1. Tal precepto constitucional establece el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley lo cual exige que el órgano judicial haya sido creado por la norma legal, que esta lo haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación

o proceso judicial y que su régimen procesal no permita calificarlo de comisión especial.

A su vez, la composición del órgano jurisdiccional debe estar determinado por ley y, en cada caso concreto, deben seguirse los preceptos constitucionales y los legales en conformidad con la Constitución para la integración del órgano jurisdiccional correspondiente. Los procedimientos fijados para la designación, nombramiento o elección de los jueces deben garantizar la independencia e imparcialidad de éstos. En todo caso, cabe precisar que no es posible exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus miembros, dada la diversidad de situaciones que pueden afectar a estos últimos en su situación personal o en las necesidades del servicio jurisdiccional.

4.2. El derecho analizado comprende como uno de sus contenidos el derecho a recusar a los jueces cuando concurran las causales tipificadas en el ordenamiento jurídico que determinan su falta de idoneidad o imparcialidad. Así una eventual irregularidad en la integración del tribunal por un juez no idóneo o imparcial puede llegar a constituir una infracción al derecho constitucional de un juez ordinario predeterminado por la ley e imparcial.

4.3. Es necesario precisar, además, que el precepto normativo para determinar el juez del caso es la ley en sentido formal y estricto, no pudiendo determinarse por un decreto con fuerza de ley o por la potestad reglamentaria del ejecutivo, de acuerdo con los artículos 61 de la Constitución en su inciso tercero, que establece expresamente que los decretos con fuerza de ley no pueden comprender facultades que afecten a la organización, atribuciones y régimen de funcionarios del Poder Judicial, el artículo 73, inciso primero, que establece que la función jurisdiccional “pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”; y el artículo 74 que prescribe que la ley determina la organización y atribuciones de los tribunales es una ley Orgánica Constitucional, lo cual tiene, además, la particularidad de que sólo puede modificarse oyendo previamente a la Corte Suprema.

La generalidad de los criterios determinados por los preceptos legales garantiza la inexistencia de jueces *ad-hoc* y la anterioridad de los criterios competenciales respecto del planteamiento procesal del litigio garantiza que, una vez que se haya determinado el juez en un caso concreto, éste no puede ser desposeído del conocimiento por decisiones tomadas por órganos gubernativos.

4.4. En síntesis, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley exige:

1. Que el órgano judicial haya sido creado previamente por un precepto legal.
2. Que el órgano judicial esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador.
3. Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de comisión especial.
4. Que la composición del órgano jurisdiccional venga determinado por la ley.
5. Que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano respectivo.

Todo ello contribuye a garantizar la independencia e imparcialidad del órgano jurisdic-

cional que es lo que se protege por el derecho al juez predeterminado por la ley.

4.5. El derecho analizado no impide la posibilidad de establecer tribunales especializados o reglas especiales de competencia en la distribución de los asuntos entre los distintos órganos judiciales, entendiéndose que no vulnere tal derecho, las disposiciones legales que alteran o derogan la competencia general.

5. La Constitución asegura en el artículo 19 N° 3, inciso 4º, que “TODA SENTENCIA DE UN ÓRGANO QUE EJERZA JURISDICCIÓN DEBE FUNDARSE EN UN PROCESO PREVIO LEGALMENTE TRAMITADO. CORRESPONDERÁ AL LEGISLADOR ESTABLECER SIEMPRE LAS GARANTÍAS DE UN RACIONAL Y JUSTO PROCEDIMIENTO”.

Este precepto jurídico es aplicable a todo órgano que ejerza jurisdicción o dicte resoluciones que afecten los derechos esenciales o fundamentales de la persona humana, no sólo a la sentencia en el sentido estricto del término.

De esta forma, son requisitos indispensables para la afectación de derechos de las personas a un proceso previo legalmente tramitado dentro de un justo y racional procedimiento, sin lo cual habría una actividad inconstitucional y nula de derecho público, de acuerdo al artículo 7º de la Constitución.

El racional y justo procedimiento, de acuerdo a las constancias dejadas en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, especialmente su sesión 101, del 9 de enero de 1975, debe comprender a lo menos, el emplazamiento que se descompone en la notificación, el plazo razonable para presentar las pruebas y que estas sean examinadas por el tribunal u órgano competente; la dictación de la sentencia en un plazo razonable por un tribunal que tenga el carácter de objetivo e imparcial; y la posibilidad de revisión de lo resuelto o fallado por una instancia superior, igualmente objetiva e imparcial.

El proceso por regla general debe ser público y la sentencia o fallo sobre la pretensión deducida debe ser motivada, razonable congruente y estar basada en el sistema de fuentes del derecho vigente.

El examen de dichas garantías debe complementarse, con las disposiciones de las convenciones internacionales antes aludidas, especialmente en las normas relativas al proceso penal, vale decir, el artículo 14 del P.I.D.C. y P., párrafo tercero; cuarto; quinto y séptimo, y el artículo 8, párrafos segundo al quinto de la Convención Americana de Derechos Humanos.

5.1. Adecuado emplazamiento.

El derecho a ser informado o notificado de una acusación en un proceso penal en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso obliga a que nadie puede ser acusado sin haber sido oído con anterioridad a fin de evitar acusaciones sorpresivas y nadie puede

ser acusado sin que previamente le haya oído el juez instructor.

El derecho que todas las personas tienen a ser informadas de la acusación que se haya formulado en contra de ellas es una garantía que busca establecer el adecuado equilibrio entre acusador y acusado en el proceso penal. La ruptura de este equilibrio en perjuicio del acusado al no conocer los cargos concretos en su contra puede producir indefensión por disminución indebida en las posibilidades de defensa de carácter legal que tiene el afectado.

El contenido esencial garantizado constitucionalmente del derecho a ser informado de la acusación, a efectos de su defensa, implica que dicha información debe recaer en los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, los hechos constitutivos de delito, los cuales constituyen el objeto del proceso penal. Sobre estos debe recaer la acusación y sobre ellos debe versar el juicio contradictorio penal (en la vista oral, de acuerdo a lo que será el nuevo proceso penal en trámite). La calificación jurídica de los hechos recae en principio en el tribunal de acuerdo al principio *jura novit curia*. Todo ello, sin olvidar, que la calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio y que el principio señalado tiene importantes limitaciones ya que el debate contradictorio puede modificar la calificación de los hechos y el delito que constituye.

En tal sentido, el proceso penal inquisitivo que hemos tenido en el país, a través de la historia, se compadece mal con la dignidad de la persona que se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa.

Es necesario en todo proceso penal, incluidos los juicios de faltas, que el acusado pueda conocer la acusación que se formula en su contra para poder defenderse contradictoriamente frente a ella, y que el pronunciamiento del Juez o Tribunal debe efectuar sobre los términos del debate, debiendo existir siempre una correlación entre la acusación y la sentencia.

Nunca es posible aceptar constitucionalmente la acusación implícita lo que implicaría indefensión y vulneración del debido proceso, con la nulidad consiguiente.

En su esencia el sistema acusativo, como señala el Tribunal Constitucional Español, forma parte de las garantías substanciales del proceso final, las cuales están contenidas en Chile en la disposición constitucional en análisis.

En su esencia el sistema acusativo impone una contienda procesal entre dos partes netamente contrapuestas -acusador y acusado- resuelta por un órgano que se coloca por encima de ambas, con una neta distinción de las tres funciones procesal fundamentales, la acusación, propuesta y sostenida por persona distinta a la del juez, la defensa, y la decisión por un órgano judicial independiente e imparcial, que no actúa como parte frente al acusado en el proceso contradictorio,

como se establece en el nuevo proceso penal en fase de discusión parlamentaria. Agrega el Tribunal Constitucional Español en la misma sentencia, criterio aplicable al caso chileno, que

El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, conse-

cuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su bases y el ejercer una actividad penal en el proceso (STC. 53/1987).

Fuera del proceso penal, el emplazamiento en forma legal implica el derecho de comparecer en aquellas actuaciones judiciales cuya finalidad es precisamente dar a las partes la ocasión de hacerse oír, de exponer cuanto convenga a la defensa de los derechos e intereses legítimos. La omisión de tal emplazamiento, cuando no es suplida por la actividad espontánea de las partes, a la que de algún modo están obligados, vicia las actuaciones judiciales realizadas sin la presencia de la parte, siendo inconstitucional y nula.

5.2. *Derecho a que el proceso sea público.*

Esta es una exigencia del proceso en favor de las partes derivado del artículo 19 N° 3 en relación con el artículo 5° inciso 2° y las Convenciones Internacionales señalada, artículo 14 párrafo 1° del P.I.D.C. y P. y artículo 8 de la C.A.D.H.

Como dice el propio P.I.D.C. y P., en el artículo precitado, la prensa y el público solo podrán ser

excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a la institución de la justicia, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Las disposiciones jurídicas vigentes antes señaladas, interpretadas en clave constitucional, determinan que toda resolución de un tribunal de celebrar un juicio sin publicidad debe estar fundada en derecho, utilizarse en forma restrictiva y únicamente por las causales antes indicadas.

El principio de publicidad de los procesos protege a las partes de un juicio sustraído al control público y contribuye a mantener o acrecentar la confianza de la sociedad en sus tribunales, constituyendo parte del debido proceso y del Estado de Derecho, constituyéndose en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la administración de justicia, perspectiva que en la dimensión del P.I.D.C. y P. y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya ha sido resuelto así por la Corte Europea de Derechos Humanos, en sus sentencias de los casos “Axen” y “Preto y otros”, ambos de fecha 8 de diciembre de 1983, criterios aplicables al derecho chi-

leno.

En todo caso, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, pudiendo excluirse la etapa del sumario o fase preparatoria del proceso o de instrucción.

5.3. *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y sentencia en plazo razonable.*

Este derecho emana también del bloque constitucional de las disposiciones constitucionales y de los Pactos Internacionales de derechos incorporados válidamente a nuestro ordenamiento jurídico, analizados en forma sistemática.

Tal derecho tiene autonomía en cuanto tal aún cuando está vinculado al derecho a una tutela judicial efectiva de los derechos de las personas.

Este derecho no constitucionaliza los plazos determinados por las normas legales de carácter procesal sino que consiste en el derecho que tiene toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable, aún cuando constituye un concepto indeterminado que debe ser dotado de contenidos concretos atendiendo la situación del caso para deducir de allí la irrazonabilidad y el carácter excesivo del retraso, causado por órganos encargados de la administración de justicia a través de los tiempos en que no se realiza actividad utilizable a los fines del juicio.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye un derecho fundamental de carácter autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos, que asiste a todas las personas que hayan sido partes en un procedimiento jurisdiccional, creando la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones de las partes y la concreción sin demora de la ejecución de las resoluciones o sentencias.⁷

Lo inconstitucional no es la dilación, sino que esta sea “indebida”, como señala Almagro Nosete, las dilaciones son indebidas cuando “no dependen de la voluntad del justiciable o de la de sus mandatarios”.⁸

Las dilaciones indebidas constituyen un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido concreto “debe ser alcanzado mediante la aplicación de las circunstancias específicas de cada caso, de los factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico”.⁹

En esta materia, es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que ha ido establecien-

⁷ Ver Gimeno Sendra, Vicente. *Constitución y proceso*. Ed. Tecnos. España, 1988, pág. 137.

⁸ Cita de Fernández-Viaga, Plácido. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Ed. Civitas. S.A. Madrid, España, 1994, pág. 37. Nota 42.

⁹ Fernández-Viaga, Plácido. *op. cit.* pág. 49.

do algunos parámetros o criterios de interpretación en la materia respecto del “plazo irrazonable” o la “dilación indebida”. En esta materia existe una jurisprudencia consolidada (Casos König, 10 de marzo de 1980; Zimmermann y Steiner, 13 de julio de 1983; Lechner y Hess, 23 de abril de 1987; y Caprano, 25 de junio de 1987; Caso Woukan Moudefo, 11 octubre de 1988; Caso Martino Moreira, 26 de octubre de 1988; Caso Unión Alimentaria Sanders, 7 de julio de 1989), la cual sostiene que el carácter razonable de la duración de procedimiento debe apreciarse teniendo en consideración la causa y los criterios de complejidad del asunto, la duración de procesos del mismo tipo, la conducta de los reclamantes, la conducta de la autoridad implicada, las consecuencias que de la demora derivan para la parte afectada y la consideración de los medios disponibles, criterios que han sido seguidos por las jurisdicciones constitucionales de países europeos y latinoamericanos.

A su vez, se ha planteado si las dilaciones indebidas provenientes de defectos estructurales de la organización judicial justificarían tales plazos irrazonables. El Tribunal constitucional Español ha establecido que la exclusión de dichas causas de carácter estructural de la organización judicial “sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho frente a esa clases de dilaciones”, como asimismo, “el principio de interpretación más favorable impide restringir el alcance y contenido del derecho fundamental examinado con base en distinciones sobre el origen de las dilaciones” (STC español, 85/1990).

La lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable, cuando no se puede remediar de otro modo, otorga un derecho a ser indemnizado por la lesión a los derechos sufrida.

A su vez, la obligación impuesta por el bloque constitucional de derechos de garantizar la seguridad de una justicia rápida o a tiempo, constituye una exigencia impuesta a todos los poderes públicos de dotar a los tribunales de justicia de la infraestructura y elementos tecnológicos idóneos para la obtención de dicho fin, lo cual no excusa, en el intertanto, las dilaciones indebidas, la vulneración de los derechos esenciales que con ello se produce y la eventual responsabilidad internacional del Estado por su violación.

5.4. *El derecho a resoluciones y sentencias motivadas razonables, congruentes y con fundamentación positiva de acuerdo al sistema de fuentes vigente.*

El bloque de constitucionalidad en consideración obliga a la jurisdicción a resolver *secundum legem* y en forma razonable y congruente, de acuerdo con el sistema de fuentes vigentes.

5.4.1. *Las personas tienen derecho a obtener una resolución o sentencia de fondo motivada o fundada.*

Las personas tienen derecho a conocer las razones de las decisiones judiciales, y el en-

lace de ellas con la ley y el sistema de fuentes del derecho aplicable.

Tal derecho a la motivación de las sentencias debe matizarse adecuadamente considerando que no exige un razonamiento judicial pormenorizado y exhaustivo de todos los aspectos y perspectivas que las partes tengan, pudiendo considerarse suficientemente motivadas las resoluciones judiciales que estén apoyadas en razones que permitan conocer los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión jurisdiccional, lo que garantiza contra la arbitrariedad o irrazonabilidad de la actuación de los poderes públicos que prohíbe la Constitución en su artículo 19 N° 2, inciso 2°.

Al estar vinculada con la interdicción de la discriminación o arbitrariedad y la primacía del derecho, la exigencia de motivación analizada sólo se satisface con una adecuada fundamentación de derecho, vale decir, que en la propia resolución de evidencia de manera cuestionable que su razón de ser en una aplicación razonada de las normas aplicables al caso.

Esta fundamentación permite, a la vez, satisfacer una serie de finalidades esenciales, entre ellas:

- a) garantizar la posibilidad de control de la sentencia por los tribunales superiores;
- b) lograr la convicción de las partes en proceso sobre la justicia y corrección de la decisión jurisdiccional que afecta los derechos de ciertas personas;
- c) mostrar el esfuerzo del tribunal para garantizar una sentencia exenta de arbitrariedad.

5.4.2. *El derecho de las personas a una sentencia razonable.*

Este derecho se vulnera cuando la resolución judicial contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable.

5.4.3. *El derecho a una sentencia congruente.*

La incongruencia de la sentencia se produce cuando la decisión jurisdiccional implica un pronunciamiento sobre temas o materias no debatidas en el proceso, sobre las cuales no se ha producido la necesaria contradicción entre las partes. Así, la incongruencia se da cuando las resoluciones judiciales alteran de modo decisivo los términos en que se desarrolla el litigio, sus trayendo a las partes, el auténtico debate contradictorio propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa y produciéndose una resolución de fondo o sentencia que no se ajusta substancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes.

5.4.4. *La sentencia debe fundamentarse positivamente en el sistema de fuentes del derecho vigente.*

Es un presupuesto implícito de la tutela de los derechos por la autoridad en forma efectiva de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes del derecho vigente, lo que hace posible un control sobre la razonable interpretación de las normas

seleccionadas como aplicables por los órganos judiciales a quienes corresponde dicha función constitucional, además ello permite reconocer una denegación de tutela judicial, desconociendo la ordenación constitucional y legal de normas, quiebra el derecho de la persona afectada o interesada a que su pretensión sea resuelta según dicho sistema objetivo de fuentes, considerando las fuentes aseguradoras de derechos y garantías, tanto internas como internacionales.

En esta perspectiva, atendiendo a que los derechos asegurados por las Convenciones Internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad de los derechos esenciales, los tribunales superiores deben poner cuidado en aplicar tales normas preferentemente sobre las leyes internas, de lo contrario se produce como consecuencia una denegación de tutela judicial efectiva de los derechos y se hace incurrir por actos jurisdiccionales de dichos tribunales en responsabilidad internacional al Estado de Chile.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por unanimidad, en tres oportunidades en 1996 ha establecido la vulneración por parte del Estado de Chile de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, dos por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas (artículo 1.1,2 y 8 de la Convención Americana) y otra por vulnerar el derecho a la libertad de expresión, con el caso del libro Impunidad Diplomática.

5.4.5. *El derecho a un recurso o revisión por un tribunal superior.*

El artículo 14 párrafo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidas a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Tal disposición obliga a considerar como parte del derecho a una tutela judicial efectiva y del racional y justo procedimiento o del debido proceso tal derecho, cuya omisión produciría una afectación inconstitucional del derecho del interesado.

Este recurso ante un tribunal superior, igualmente objetivo e imparcial, es de libre configuración por parte del legislador, el que puede determinar cual es ese tribunal y como se somete a él el fallo condenatorio. Este recurso o revisión del fallo puede en determinados supuestos ser el recurso de apelación o la casación, debiendo en todo caso, tal garantía procesal estar disponible para todas las partes.

El derecho a utilizar los recursos comprende el derecho a que el órgano jurisdiccional que revise el respectivo proceso lo resuelva después de oír contradictoriamente a las partes, sin que pueda considerarse justificable una resolución judicial inaudita parte, salvo los casos de no comparecencia por voluntad o por negligencia imputable a la respectiva parte.

Prohibición de la reforma peyorativa (*reformatio in peius*). La figura de la “*reformatio*

in peius” es la situación que se produce cuando la posición jurídica de la parte procesal que interpone un recurso resulta empeorada como consecuencia de su propio recurso, vale decir, sin que la contraparte haya impugnado la resolución en forma directa o incidental y sin que el empeoramiento se debe a potestades de actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

La “*reformatio in peius*” o reforma peyorativa constituye una incongruencia procesal, cuya prohibición proviene del principio general del derecho procesal “*tantum devolutum quantum appellatum*” y la conexión con el artículo 19 N° 3 a través de la prohibición de indefensión.

NOTAS SOBRE SOCIEDAD CIVIL Y FUERZAS DE SEGURIDAD EN AMÉRICA LATINA EN LAS DÉCADAS DE LOS 80'S Y LOS 90'S

LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Jaime Ordóñez^(*)

I. LAS TENDENCIAS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN EN LA RELACIÓN CIVIL-MILITAR EN AMÉRICA LATINA

Una posible vía para evaluar -hacia fines de la década de 1990- la evolución de las relaciones civiles militares es plantearse como instrumento metodológico el *esquema Harries-Jenkins y Moskos*,¹ el cual alude a la existencia de un continuo en el que de un lado se observa una dominación militar autárquica sobre la sociedad (verticalismo autoritario) y, en el otro extremo, lo que podríamos llamar la absoluta subordinación de las fuerzas de seguridad ante el poder civil o, inclusive, su disolución ante formas cívicas de control de la seguridad ciudadana. De acuerdo a este paradigma, el continuo plantearía una línea central caracterizado por los regímenes políticos cívico-militares de poder equilibrado y -en consecuencia- del punto central a la derecha el desarrollo de un espectro que explicaría el consecuente predominio de los intereses civiles sobre los militares en el marco social.

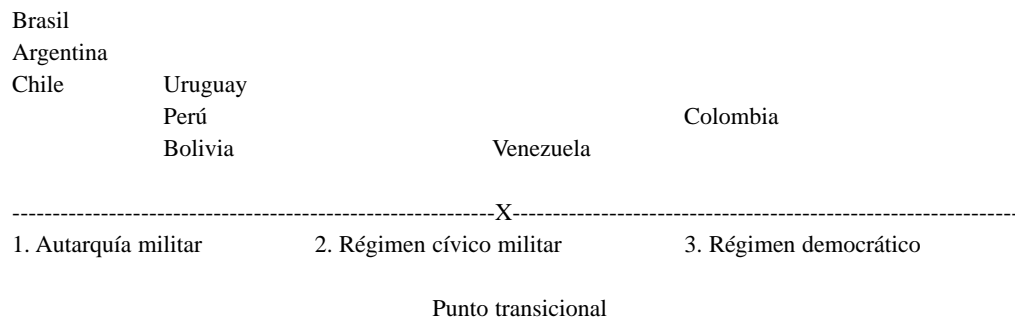
(*) Doctor en Derechos Humanos por la Universidad de Madrid, Máster en Ciencias Políticas por The George Washington University, Washington D.C.; Director de la Cátedra de Teoría del Estado de la Universidad de Costa Rica, Profesor del Doctorado de la Universidad Autónoma de Centroamérica y la Universidad Carlos III de Madrid y miembro de la Comisión de Expertos de la Maestría Centroamericana en Ciencias Políticas; Profesor Invitado de las Universidades de Tulane y Maryland, U.S.A., Consultor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y otros organismos internacionales y ex-coordinador de los Programas de Administración de Justicia y Ombudsman del IIDH. Asesor permanente de Amnistía Internacional, Proyecto Regional Centroamérica y México.

1 HARRIES-JENKINS, Gwyn & MOSKOS Jr., Charles, *Las fuerzas armadas y la Sociedad*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

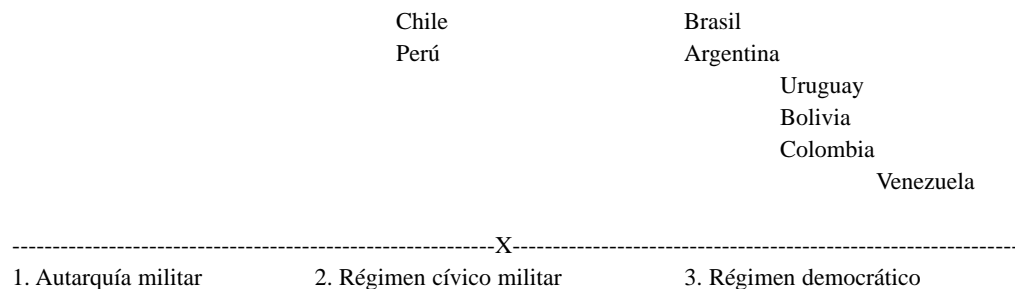
La utilización de este esquema de interpretación resulta útil, pues permite -dentro del marco de los procesos de transición a la democracia de la década de 1980 y 1990- ir determinando los *ámbitos o esferas de negociación* entre ambos sectores, así como las pautas programáticas para que las organizaciones civiles (no gubernamentales o, bien, la propia institucionalidad del Estado-aparato) puedan definir una estrategia con los distintos cuerpos de seguridad. Una utilización del modelo Harries-Jenkins y Moskos al caso de América del Sur, podría arrojar los siguientes resultados preliminares.

AMÉRICA DEL SUR

ETAPA PRE-TRANSICIÓN (1975-1980-85)



ETAPA POST-TRANSICIÓN (1985-97)



Nota: el cuadro interpretativo es responsabilidad exclusiva del autor de este análisis.

La aplicabilidad de este esquema es, desde luego, más o menos discutible y remite esencialmente a la interpretación que, dentro de un marco analítico dado, pueda hacerse de las distintas realidades nacionales. Por ejemplo, hipotéticamente podrían utilizarse como posibles parámetros para determinar la sujeción democrática de las fuerzas de seguridad las siguientes:

PARÁMETROS DE EVALUACIÓN

- El grado de incorporación institucional (sujeción formal) de las fuerzas de seguridad a los mandos de poder civil;
- La separación institucional, funcional, orgánica y presupuestaria del Ejército y la Policía;
- La sujeción del personal militar a la justicia ordinaria nacional;
- La sujeción financiera de los organismos de seguridad a los órganos contralores y fiscales del Estado, y su proyección de acuerdo a la proyección de gasto aprobada parlamentariamente, y
- La inclusión de la carrera militar (y/o la policial) dentro del régimen de servicio civil como empleado o funcionario del Estado.

Nota: las categorías anteriores no corresponden necesariamente al modelo Harries-Jenkins y Moskos e, igualmente, son responsabilidad exclusiva del autor de este análisis.

Las categorías, como se ve, no son taxativas y pueden ampliarse según la especificidad nacional. En todo caso, con el mayor o menor valor que tengan los marcos interpretativos generales como el anterior, lo cierto es que sirven como una referencia tentativa para medir procesos en el largo plazo, al interior de los distintos países en examen, así como para definir criterios comparativos entre distintos países dentro de un mismo ámbito regional. Con una metodología similar, Carlos Sojo de FLACSO-Centroamérica (aunque con la utilización de parámetros distintos) ha realizado una aproximación similar al caso de la Centroamérica pre y post transicional, planteando el siguiente posible modelo:

AMÉRICA CENTRAL

ETAPA PRE-TRANSICIONAL

Guat.	El Salv.	Hond.		Nicaragua	Belice	Costa Rica
-----X-----						
1. Autarquía militar			2. Régimen cívico militar		3. Régimen democrático	
			Guat.	Hond.	Nic.	El Salv. Bel. C.R.

ETAPA POST-TRANSICIONAL

Aceptando, en todo caso, la provisionalidad epistemológica de un marco de referencia como el indicado, provee una enorme utilidad para desarrollar a partir de allí un modelo de análisis aplicable a la realidad latinoamericana. Más aún si propone como un correlato metodológico para modelos más sofisticados de la literatura transicional latinoamericana como *el cuadro*

transicional de O'Donnel y Schmitter, ampliamente conocido dentro del ámbito disciplinario. Una aplicación conjunta de ambos cuadros podría evidenciar como -en mayoría de las caracterizaciones del modelo transicional a la democracia- es posible significar la variable de la sociedad civil como un factor incidente en la conformación del sistema político y en el régimen de libertades civiles y derechos humanos.

Tomando, pues, como base este marco de referencia, podría decirse que el período que va desde 1980, hasta el fin de la presente década del noventa se ha caracterizado en América Latina (a pesar de los avances y retrocesos que caracterizan cada país en particular) por un paulatino fortalecimiento de los poderes político-civiles y una separación gradual de estos poderes civiles frente a los ejércitos y los distintos organismos de seguridad. A pesar de la complejidad de factores de orden geopolítico o económico, e incluso social, que signan este proceso, quizá el rasgo general de esa transición democrática de los últimos años ha sido -entre otros- el haber avanzado significativamente en la región en la sujeción formal y sustancial de los organismos militares al imperio del poder civil, bien como resultado de los nuevos pactos resultantes al marcarse el fin de los gobiernos de facto o de las distintas dictaduras y sistemas autoritarios, bien como resultado de una creciente *accountability* de la sociedad civil sobre la estructura del Estado en general.

Este proceso es de carácter tendencial, desde luego, y ha estado implicado por una gran cantidad de factores, en ocasiones contradictorios, que dan lugar a que los avances en el campo de la democratización sean lentos, zigzagueantes e, incluso, más o menos precarios. Como han apuntado O'Donnel, Schmitter y Whitehead, la transición latinoamericana se caracteriza aún por el rasgo de lo que ha podido llamarse *uncertain democracies*, término utilizado para describir la precariedad de la situación institucional existente en algunos de los países, la evaluación de algunos de los avances y retrocesos, así como la diversidad de *tipologías del sistema* existentes en la región.²

Esta nueva etapa, que se ha venido afianzando conforme han corrido los años noventa, se ha caracterizado por varios elementos o factores que llamaríamos críticos, y que marcan el inicio de un importante cambio de época en el carácter de la relación civil-militar. Dentro de estos factores, podríamos destacar los siguientes.

1. La creciente *visibilidad* acerca de la gestión militar, producto de las aperturas democráticas de la década del ochenta, lo cual ubica al aparato militar (y sus acciones en el campo político, técnico-militar, administrativo y financiero) dentro de una creciente presencia en el campo de la sociedad civil y sus mecanismos de control formal e informal. Como se ha indicado, *esta visibilidad es de carácter interno y externo*: no sólo las sociedades civiles nacionales empiezan a ganar espacios en el control de los estamentos tradicionales del poder (dentro de ellos, el ejército), sino que una suerte de visibilidad inter-

² Así O'DONNELL, SCHMITTER & WHITEHEAD, en *Tentative Conclusions about uncertain democracies*, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1983.

nacional empieza a generar mecanismos de control de carácter más general e, incluso, efectivo. (Dentro de este primer campo, las denuncias ventiladas internacionalmente sobre la violencia militar en Guatemala, El Salvador, Honduras, Haití, Argentina o Chile, al igual que sucedió con los casos de Suráfrica, Ghana o Zaire, también durante el mismo período).³

2. El auge y promoción de las *políticas hemisféricas de derechos humanos*, las cuales empiezan a desarrollarse con fuerza en América Latina a partir de la Doctrina Carter de Derechos Humanos (1976), y que, no obstante los altibajos ocasionados por las políticas de la Administración Reagan, logran consolidar una ética creciente de exigencia de las actuaciones militares en atención a los instrumentos internacionales de los derechos humanos y del derecho humanitario.

La maduración de los organismos regionales y nacionales de derechos humanos (así como la creciente participación y cooperación de otros gobiernos y agencias de modernización, como la de la UE, y algunos países europeos individuales), influyen en la consolidación de un *ethos regional e internacional* que empieza a funcionar como punto de referencia en las relaciones civiles-militares y en la verificación esencial de derecho.

3. La *paulatina maduración de sectores civiles y políticos democráticos* que asumieron el poder a partir de la década de los ochenta, provocando una transformación en la gestión política nacional. En efecto, a partir de 1980 una serie de sectores políticos de oposición (e, incluso, de participación clandestina y emergente) asumen el poder formal como parte de la transición política, lo cual transforma el esquema de relación civiles-militares, caracterizados durante las décadas previas por la *co-optación*, el *entrismo*, o la simple alianza política militar sin mayor separación entre los poderes civiles y los castrenses.
4. *La transformación y modernización de los sectores y mandos medios de los ejércitos*, lo cual rompe en buena medida muchas de las políticas tradicionales arrastradas desde la mitad del siglo y replantea el rol social de la institución militar. Como se analizará posteriormente, esta transformación (caracterizada por la promoción de una nueva generación de oficiales en los mandos medios y altos de los ejércitos) no necesariamente ha supuesto avances en todos los flancos del proceso de modernización: en algunos casos, al sofisticar el razonamiento y la gestión militar, ha generado más bien situaciones de *velación* u *oscurecimiento* en la relación civil militar. Ciertamente, en algunos casos el proceso de modernización de los ejércitos ha sido más avanzado que el de las burocracias estatales o los sectores civiles, lo cual crea desequilibrios de distinta índole en la evolución global del sistema democrático. El caso de Guatemala es un ejemplo.
5. *La transformación (deslegitimación) de la vieja doctrina de la seguridad nacional* y su sustitución por los principios de la doctrina de la seguridad democrática (en materia de

³ Ver ROUQUIE, Alain (Coord.). *Les forces politiques en Amerique Centrale*. Karthala, París, 1991.

ejército y defensa exterior), o, bien, la doctrina de la seguridad ciudadana (en el campo de las políticas de interior). El tránsito de una concepción a otra ha sido ciertamente lento, pero ha servido como marco para el desarrollo de una reconceptualización de las esencias y de las funciones de los organismos de seguridad en América Latina.

Este conjunto de transiciones no se encuentra completo, ni mucho menos. Se trata de procesos marcados por la incertidumbre y por diversos hechos de carácter endógeno y exógeno que no suponen ciclos acabados que determinen procesos de democratización definitiva en esta materia. Como se sabe, las relaciones civiles-militares en América Latina han tenido históricamente un desarrollo complejo y problematizador. Su rasgo fundamental ha sido la ingerencia permanente y casi sistémica de los ejércitos y fuerzas de seguridad en las distintas formas del poder político civil, desnaturalizando a este último en muchos casos, o sustituyéndolo de plano en otros, pero -en la mayoría de las sociedades- impidiendo el desarrollo autónomo de las formas del poder político civil.

El ejército en América Latina nació históricamente como un Ejército dentro del Estado o, incluso, en varias circunstancias nació cabalmente *como el Estado mismo*. Los procesos de independencia de la región fueron resultado de triunfos de procesos militares; las llamadas guerras independentistas no trajeron la modernidad desde el punto de vista del afianzamiento del poder de los ciudadanos (mediante un poder político civil e independiente) sino que dejaron el poder de las nuevas repúblicas en manos de los estamentos militares de diversa índole que, a su vez, expresaban el poder económico de los sectores emergentes nacientes y de la burguesía criolla latinoamericana.

La simbiosis Estado-Ejército caracterizó, pues, los ejes de poder de las repúblicas latinoamericanas durante ese largo período histórico que va desde el lanzamiento republicano hasta cruzadas la mitad del siglo XX. En efecto, este maridaje estrecho entre relaciones militares y relaciones políticas caracterizó las políticas de seguridad incluso hasta las décadas de 1960 y 1970. La transición verificada de dictaduras a democracias no ha sido perfecta ni orgánica, como se ha estudiado detalladamente en varios lugares: en muchos casos, se constituye una cadena de correlaciones y transiciones (probables, pero no obligatorias), según el caso específico y la existencia de algunos pre-requisitos económicos y sociales.

El concepto de seguridad ciudadana y su transformación como avance del poder de la sociedad civil

Uno de los hechos más importantes de la última década y media en América Latina (1980-1995) fue la deslegitimación de la antigua doctrina de la Seguridad Nacional y su sustitución -aún lenta y paulatina- hacia los más evolucionados conceptos de seguridad ciudadana o seguridad democrática. En lo fundamental, el riesgo (para el desarrollo de sociedades democráticas) de la utilización de la doctrina de la Seguridad Nacional radicó en su abstracción y en su carácter genérico: detrás del concepto general de *nación* o *interés nacional* una serie de sectores instrumentaron históricamente más bien los intereses particulares o singulares del grupo.

De tal suerte, en virtud de esta forma de *ocultación ideológica* se invocó a intereses genéricos para promover, en el fondo, los intereses ideológicos, políticos o económicos de un sector o grupo. Los intereses de las autarquías fueron promovidos a partir de la Doctrina de la Seguridad Nacional y las tesis del enemigo externo y el enemigo interno, lo cual resultó propicio dentro del esquema de la Guerra Fría y el enfrentamiento Oeste-Este desarrollado en América Latina, muy en particular a partir de las políticas del senador Macarthy y de la revolución cubana de 1959.⁴

La evolución de ese concepto tiene un tránsito resultante de lo que podríamos llamar el propiamente civil y político del concepto de seguridad. La evolución del concepto clásico se verifica más o menos en términos de transicionalidad histórico-ideológica, según el sujeto detentador de poder social. Como Padilla ha apuntado, la seguridad de un estado se puede poner en peligro cuando existe una amenaza para cualquiera de sus tres componentes: a) para el territorio, por parte de potencias extranjeras que, eventualmente, pudieran amenazar la soberanía nacional, siendo función primordial de las fuerzas armadas la defensa del territorio nacional. (Lo que se considera defensa nacional); b) por parte de grupos de población que se rebelen contra la autoridad del Estado y se pongan en acceso al poder por medios violentos; c) por parte del aparato, estatal y sus fuerzas de seguridad si se compromete el imperio de la ley (y la vigencia del estado de derecho) al organizar, permitir o tolerar tácticas ilegales de represión y combate contra grupos alzados en armas u otros opositores políticos.

La seguridad del Estado es un complejo pluri-factorial que sólo puede mantenerse si el territorio está libre de a) amenazas de intervención extranjera; b) la población acepta por consenso (expresado electoralmente) someterse a la autoridad gubernamental legítima, y al ordenamiento legal y socio-económico correspondiente; y c) el Estado garantiza el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, evitando violar su propio marco jurídico constitucional por acción (autorizar acciones ilegales) u omisión (dejar sin castigo a responsables de acciones ilegales). Para decirlo con palabras de Karel Vasak, ex-Director de la División de Derechos Humanos de la UNESCO, “lejos de estar en oposición, derechos humanos y poder político se apoyan el uno en el otro. La autoridad política, por lo tanto, no puede limitar los derechos humanos, al igual que los derechos humanos no deben ser utilizados en contra de quienes ocupan el poder”. A condición, por supuesto, de que el Estado se conduzca de acuerdo con las normas internas e internacionales que regulan los derechos humanos.

Con base en estas premisas, se puede deducir lógicamente que dentro de los factores esenciales para la seguridad y el orden se encuentran no sólo la adecuación de conducta de los

4 Sobre este tema, véase, entre otros, AGUILAR PERALTA, Gabriel “Fuerzas Armadas, Redefinición de Democracia en América Latina”, en *Relaciones Civiles Militares en el nuevo marco internacional*, GARCÍA, Prudencio, ONUSAL, San Salvador, 1994. En el mismo texto, véase CELIS NOGUERA, Carlos E. “El nuevo concepto de seguridad-democrática a la luz de los cambios del sistema internacional”.

Asimismo, véase MALLOY, James M. y SELIGSON, Mitchell A. *Authoritarians and democrats (Regime transition in Latin America)*, University of Pittsburgh Press, 1987, PSAILA, Paul C. (Ed.) *Redefining National Security in Latin America*, Working Paper Series-The Latin American-Program, Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, 1993.

ciudadanos a los preceptos normativos de un determinado orden jurídico, sino también la rigurosa actuación de las autoridades estatales dentro del marco de la ley. Cada vez que se comete un crimen político (desapariciones, ejecuciones arbitrarias) es el propio Estado (capturando y procesando penalmente a los responsables), quien contribuye a incrementar la inseguridad del país y a desestabilizar el sistema político.

La represión ilegal -la actuación de agentes ilegales que se sitúan al margen de la ley-, por lo tanto, un factor de desestabilización política, que genera inseguridad y contribuye de manera decisiva al incremento de la insurgencia y de los grupos terroristas. El terror engendra terror, la violencia engendra violencia y en lugar de afianzar la seguridad del estado con el uso de esos métodos, se incrementa la inseguridad y se obtiene el efecto contrario al que se buscaba, ya que la insurgencia tiende a crecer y su presencia política se fortalece.⁵

Los nuevos conceptos de seguridad democrática y seguridad ciudadana nacen de un replanteamiento moderno del concepto de soberanía democrática: en lugar de la abstracción genérica del Estado (como un ente ideal generalmente interpretado por la clase política o las fuerzas fácticas en el Gobierno o el Ejército), la seguridad democrática es resultado de la suma intersubjetiva de la ciudadanía concreta y efectiva que, en un momento histórico determinado, hace sus escogencias y definiciones en el plano político, de la seguridad, de la economía o, bien, en cualquier otro ámbito. Lo esencial de estos nuevos conceptos es que amparados en la doctrina de los derechos humanos y las libertades fundamentales privilegian en cualquier hipótesis de conflicto de poderes al ciudadano concreto, por encima de las entidades ideológicas o institucionales. Se trata, en dos palabras, de asegurar a los ciudadanos de carne y hueso, y no a las abstracciones políticas, normativas o ideológicas que -paradójicamente- más bien han servido para violar los derechos fundamentales.

Este tránsito ideológico del concepto de seguridad ha empezado a experimentarse paulatinamente dentro de algunos países del continente americano. Buena parte de la transición en los países del Cono Sur ha dado pasos en esa dirección particularmente, en Brasil, Argentina y Uruguay. Al interior de sus ejércitos se experimentan, como indican los estudios respectivos *Brazil's Strategic Outlook*, Thomaz Costa, National Research Council; *Cooperation for Peace Policies: The Case of Argentina*, Rut Diamint, Center for European-Latin American Research (EURAL) y *The future of Conflict Resolution in the Western Hemisphere; International Influence*, David Mares, University of California at San Diego. El caso de Chile es particular, pues la fortaleza, prácticamente indemne conque el estamento militar chileno salió de la transición democrática es resultado, entre otras razones, del hecho que la esencia misma de la Seguridad Nacional continúa aún como referente ideológico en materia de seguridad estatal, con las implicaciones que ello tiene para el desarrollo político.⁶

5 Así PADILLA, Luis Alberto, "Seguridad del Estado, Democracia y Derechos Humanos" en *Relaciones Civiles Militares en el nuevo Marco-Internacional*, *Op. cit.* p. 57-58. En la misma compilación, véase también el texto de FERNÁNDEZ SEGADO, Manuel, "Fuerzas Armadas-Sociedad: del mutuo aislamiento la progresiva interpretación". *Op. cit.* p. 118 y ss.

6 Ver PSAILA, PAUL. *Redefining National Security in Latin America*, *Op. cit.* p. 6-28.

En el caso del Caribe y Centroamérica, la evolución de estos principios también experimentó una lenta transición, donde los casos más destacados han sido los referidos a los Acuerdos de ONUSAL, en El Salvador, los Acuerdos de MINUGUA, Guatemala, la transición en Nicaragua y Honduras, y los muy leves avances logrados en Haití. Estudios particularizados se encuentran en *Peace and the Cooperation in the Caribbean*, Andrés Serbín, Institute for Social Political Studies, así como *From War to Integration: Democratic Transition and Security Issues in Central America*, Luis G. Solís Rivera, Arias Foundation, Francisco Rojas Aravena, FLACSO, Santiago y *U.S. Security Policy of Latin America and the Caribbean: Current Situation and Prospects* Nina Serafino, Congressional Research Service (CRS). En la mayoría de los casos se evidencia que hay avances perceptibles, aunque la debilidad de las sociedades civiles nacionales impiden el desarrollo de un apoderamiento político de las decisiones en materia de seguridad pública.

II. CENTROAMÉRICA Y LAS RELACIONES CIVILES-MILITARES

En el caso de Centroamérica, al menos cuatro rasgos fundamentales parecen haber impactado las relaciones civiles militares, a partir de 1987, con la firma de los Acuerdos de Paz. Estos cuatro desarrollos pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

1. La relación política entre los países de la región se normalizó, dejando atrás los serios conflictos generados años atrás (vgr. Honduras-El Salvador, 1969; Nicaragua-Costa Rica, 1980-85), lo cual fue resultado de los procesos de democratización interna experimentados en la mayoría de los países de la región. A pesar de que las causas de fondo de algunos de esos conflictos no han sido resueltas totalmente (la exclusión indígena en Guatemala está contemplada a medias con los acuerdos de MINUGUA), el enfrentamiento social y enfrentamiento civil-militar de décadas pasadas busca en todos los casos soluciones políticas.
2. El fin de la Guerra Fría hizo evolucionar la región de un espacio de enfrentamiento exógeno a un espacio de pacificación paulatina, donde los conflictos aún latentes tienen raíces, en todo caso, endógenas. Este hecho es fundamental a la *relación civil-militar*. Durante buena parte del período que fue desde 1950 hasta inicios de 1980, esta contradicción estuvo permeada (distorsionada, magnificada o, incluso, determinada) por la contradicción ideológica de sectores ideológicos nacionales y su correlato geo-político. Los conflictos entre el FMNL y el Ejército de El Salvador, entre la guardia somocista y el FSLN o, bien, entre el UGRN y el Ejército de Guatemala supone -en todos los casos, con alguna variación hacia la mitad de los años setenta- una contradicción entre sectores nacionales apoyados logística e ideológicamente por los intereses de La Habana y Moscú, por un lado, y del Departamento de Estado, por el otro.

(Las causas internas para la contradicción social continúan en muchos casos, desde luego, pero no así el contexto ideológico internacional de confrontación, lo que sirvió para

bajarle el tono, así como la reducción del suministro de armas. De tal suerte, la guerra de guerrillas prácticamente ha desaparecido y el debate y enfrentamiento se traslada al ámbito político).

3. La democratización electoral y política de todos los países de la región está generalizada en los seis países del Istmo.
4. Como consecuencia de lo anterior, y de los nuevos espacios, se verifica una discusión (dentro de la arena política y económica) de la cuestión de la seguridad y la justicia. Los organismos de la sociedad civil empiezan a jugar un rol en la definición de políticas sociales en esta materia.

Todos estos factores permitieron que disminuyese o hayan casi desaparecido las antiguas tensiones en la región, en virtud de la reducción del componente ideológico de los conflictos. Aparte del antiguo enfrentamiento entre Guatemala y Belice (que es histórico y de baja intensidad), el resto de contradicciones entre países son prácticamente inexistentes.

Por otra parte, el modelo de transición ideológica y política de la democratización de los años 80 trajo aparejada un curioso rol de la relación civil-militar. A diferencia de América del Sur, donde las fuerzas armadas (con la excepción de Chile y Perú, quizá) se consideraron a sí mismas como “víctimas del proceso de democratización”, en el caso de Centroamérica resultaron más o menos inmunes a la transición democrática, resultando -en forma paradójica- incluso fortalecidas en algún caso, como sucede con Guatemala. No sólo en el caso de Guatemala, sino en los de El Salvador y Honduras, es posible encontrar un sector de los “oficiales históricos” que defienden un curioso rol de “padres fundadores de la democracia”, a la par de los sectores civiles. En efecto, los esquemas de negociación de ONUSAL, de MINUGUA, o de la transición nicaragüense Ortega-Chamorro, supuso, en todos los casos, una propuesta de *pacto civil-militar* con una capacidad fundacional que demostró su éxito en los años posteriores.

De tal suerte, tanto grupos civiles como militares entraron al proceso democrático con una aparente “igualdad de personería”, que ciertamente ha facilitado el diálogo, por un lado, y, además, ha servido para poner en el tapete con cierta transparencia el problema de la utilidad del aparato militar. En esta dirección, los principales argumentos del sector civil (en relación a esta necesaria reconversión de las fuerzas armadas) podrían sintetizarse de la siguiente manera:

1. *Los ataques de un enemigo intra-regional son prácticamente inimaginables* en la actual dinámica política y económica de la región. El *leit-motive* esencial de un ejército ya no se da y, por lo tanto, la reconversión de fines y de funciones de la institución supone una clara exigencia social.
2. *Los ataques de un enemigo extra-regional no son también argumentables* por la evolución geo-política post-guerra fría (ni Cuba ni Nicaragua constituyen enemigo alguno) y -adicionalmente- la fuerte presencia directa o indirecta del Ejército de los Estados Uni-

dos (a partir del Frente Sur y la Escuela de las Américas). Este factor ha abierto, también, una línea argumental sobre la inutilidad de la función tradicional del ejército como repelente de un agresor externo.

3. *La lucha contra el narco-tráfico*, en conjunción con las políticas de la DEA, empieza a convertirse -en el marco de los medios de comunicación, un sector de la clase política e, incluso, algunos miembros de la oficialidad castrense- el nuevo motivo de existencia de la institución militar. Este tema abre un fuerte debate dentro del marco de los medios de comunicación y grupos civiles pues es promovido a partir de una *Alianza de Seguridad* entre los ejércitos nacionales y el Ejército de los Estados Unidos, con un delicado -y aparentemente inconstitucional- levantamiento de soberanía. En el caso del último año, éste ha constituido uno de los principales debates civiles en Guatemala y Costa Rica.
4. El otro tema emergente en esta agenda es el relativo a la *separación entre el ejército y la policía* y la distinción entre una política de seguridad democrática (del Estado democrático en su conjunto) y otra política de seguridad ciudadana, correspondiente a la *separación orgánica y funcional*. Este debate generó resultados importantes en Panamá (donde la discusión supuso la abolición del ejército y la reconversión en una policía ciudadana), en Honduras (país en el cual el esquema de separación orgánico y funcional empieza a desarrollarse en forma adecuada).
5. Finalmente, está el tema del *financiamiento y del control ciudadano sobre los fondos de los cuerpos de seguridad*. Los altos presupuestos en defensa, así como el debilitamiento de la inversión público-social, ha abierto un debate dentro de los grupos cívicos y de derechos humanos al interior de varios países. A pesar de que la inversión en defensa bajó sustantivamente en países como Panamá y Nicaragua (y en Costa Rica es estadísticamente baja), la re-negociación de este punto aún está pendiente en Guatemala, Honduras y El Salvador.

Los acuerdos de Esquipulas y la negociación civil-militar

El proceso de pacificación se objetivó a partir de 1990 con la transición electoral nicaragüense, en El Salvador (1992) con los Acuerdos de ONUSAL, en Guatemala (1996) con la negociación de paz de MINUGUA y -dentro del período- se verificaron cambios importantes en países como Panamá (abolición del Ejército en 1995) y Honduras, separación total de la Policía y el Ejército (firmada el 22 de octubre de 1997, justo en el momento de escribir estas líneas).

El proceso lanzador de este cambio fundamental fueron los acuerdos de Esquipulas, celebrados a mediados de 1986. En esa oportunidad, se reunieron por vez primera los presidentes Vinicio Cerezo de Guatemala, Oscar Arias de Costa Rica, José Napoleón Duarte de El Salvador, José Azcona Hoyos de Honduras y Daniel Ortega de Nicaragua, para analizar la pacificación de la región, lo cual llevaría -un año después- a la firma de los Acuerdos de Esquipulas, un nuevo *ethos político* estaba ganando terreno rápidamente en el escenario regional e internacio-

nal. Se trataba, en efecto, de un nuevo modelo de legitimación política que había nacido una década atrás y que -a pesar de los duros embates desarrollados por el enfrentamiento entre la Administración Reagan y Moscú en ese primer lustro de los años ochenta- no pudo ser desarticulado porque tenía que ver con una nueva percepción y una nueva sensibilidad que se había instalado en la comunidad internacional: la corriente democrática como única fórmula de convivencia y de legitimación del poder político. El papel jugado por los Presidentes de Centroamérica en 1987 tuvo la enorme virtud de interpretar correctamente ese momento histórico, lo cual les valió un amplio reconocimiento internacional y la concesión del Premio Nobel de la Paz para Oscar Arias, a la sazón Presidente de Costa Rica.

Es opinión casi generalizada que los grandes logros de Esquipulas se sitúan en el campo político, toda vez que resultó un instrumento útil para promover la paz en la región y, directa o indirectamente, sirvió para provocar muchos de los acuerdos nacionales que han posibilitado el retorno democrático y la gobernabilidad en Centroamérica. La pacificación centroamericana de la última década que incluyó las elecciones del 90 y 96 en Nicaragua, los acuerdos de ONUSAL en El Salvador, en el año 92, los acuerdos de Paz de Guatemala del año 1996 y la progresiva desmilitarización de la policía hondureña -por poner algunos hitos de la última década- no hubiesen sido posibles sin ese precedente político que se llamó Esquipulas.

Los Acuerdos de Esquipulas definieron el punto crucial que marcó el fin de una era de la cultura política regional y, aunque de manera más o menos simbólica, el inicio de otra. Esquipulas -como resultado de una serie de factores internos de los propios países de la región, y también por el influjo de factores externos (una suerte de *ethos* global que había tomado fuerza a mediados de la década del 70 en el plano internacional)- significó el inicio de una etapa donde la *legitimación* (real o aparente) del poder empezó a resultar tan importante como el ejercicio del poder mismo.

En lo fundamental, Esquipulas supuso el primer acuerdo político de los países de Centroamérica que logró conformar un común denominador basado en los principios de la democracia, el pluralismo político e ideológico y el respeto de los derechos humanos. Antes de Esquipulas, este común denominador mínimo no existía, al menos claramente perfilado como pacto regional. La Centroamérica de las décadas anteriores (incluso la que venía desde el siglo pasado), carecía de ese *ethos* político al que nos referimos, caracterizado por la búsqueda de asimilar los valores a la práctica social. Si bien la ambición formal de la democracia formó parte de la justificación del poder de todo tipo de gobiernos -incluidos los cuartelazos de facto hasta los tímidos asomos a la democracia representativa-, lo cierto es que sólo después del segundo lustro de los años 80, una serie de factores sociales y económicos, acumulados durante muchos años, exigieron una puesta al día del discurso con la representación política y los procesos del poder social.

En este sentido, Esquipulas significó el ajuste de cuentas de una sociedad civil emergente (representada por un liderazgo político, en algunos casos histórico, en otros casos de nuevo cuño) con la clase política tradicional, ya fuese económica, política o militar. Por decirlo meta-

fóricamente, significó el punto de inflexión en el que *las dos Centroaméricas* (la económica y militar, que representó el poder tradicional y añejo, por un lado, y la población civil, rural y urbana, campesina u obrera, ladina o indígena, generalmente ausente o excluida del ejercicio del poder formal, por otro lado) decidieron pactar, o fueron obligadas a pactar por la realidad misma, en busca de su sobrevivencia o de escenarios de gobernabilidad mínimos para hacer posible la convivencia y el bienestar.

Esquipulas I

En un clima de guerra y enfrentamiento prevaleciente en 1987, la reunión de Esquipulas I fue convocada con el objetivo de crear una discusión abierta sobre los problemas de Centroamérica y acercar las divergentes opiniones sobre la participación social, democracia e integración que existían en la región. Desgastados por varios años de enfrentamiento, y ante la necesidad de buscar un respiro de paz que posibilitara el desarrollo democrático, el encuentro de Esquipulas supuso la posibilidad de crear un espacio de franqueza y claridad entre las partes enfrentadas. Reunidos en la Villa de Esquipulas, Guatemala, el 25 de mayo de 1986, los acuerdos de Esquipulas I supusieron el establecimiento de una base de negociación consistente en la reunión periódica de los Presidentes de la región, definiéndose de esa manera una suerte de órgano de deliberación y negociación que empezaría a generar las veces de un consejo político de la región.

Esquipulas I acordaría, igualmente, la voluntad de los mandatarios de firmar el “Acta de Contadora para la Paz y la cooperación de Centro América”, lo cual constituyó prácticamente el último acto de apoyo a un proceso que estaba diluyéndose por una suerte de falta de legitimidad constitutiva, tal y como lo apuntan algunos de los protagonistas entrevistados en este libro. Por instancia del presidente Cerezo, se dispondría la creación, asimismo, del “Parlamento Centroamericano” el cual tendría una integración representativa de todas las naciones centroamericanas. El acuerdo más significativo de esta reunión fue el reconocimiento del hecho de que para lograr la paz en la región, ésta debería ser acompañada de una serie de garantías ciudadanas, tales como la existencia de procesos democráticos, el respeto de los derechos humanos, el ejercicio de una soberanía plena dentro del Estado y el derecho de todas las naciones de la región para determinar libres de toda injerencia externa, su modelo económico, político y social. El Acuerdo de Esquipulas I, en lo esencial, sirvió como un marco de referencia general que posibilitaría crear el clima para los acuerdos del mes de agosto. Su utilidad radicó en la creación de una suerte de clima político propicio, conformado por gobernantes independientes, dispuestos a negociar por sí mismos el futuro político de la región.

Esquipulas II

Procedimiento para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica

Como seguimiento a la Declaración del mes de mayo, en el mes de agosto de 1987 se convoca a una segunda reunión, también en Esquipulas, Guatemala, para examinar un documento preparado por el Gobierno de Costa Rica, denominado “Procedimiento para establecer

la Paz firme y duradera en Centroamérica”. Este Plan de Paz vendría a realizar un desarrollo puntual de las mociones y la expresión de intenciones de la Declaración de Esquipulas.

Los distintos hechos políticos que posibilitaron la firma de Esquipulas II fueron realmente complejos. Como en todo, la subjetividad y las ideologías juegan su parte. En todo caso, visto en perspectiva, Esquipulas II fue posible en virtud de una serie de hechos y circunstancias que podrían resumirse más o menos así: la visión y lucidez de una serie de dirigentes políticos y asesores que supieron interpretar hábilmente el momento político que se había generado con el debilitamiento de la opción de Contadora; el desgaste de las posiciones extremas ideológicas y políticas y de la influencia tanto de Washington como de La Habana y Moscú en Centroamérica; el desgaste del enfrentamiento militar, que, en el caso de El Salvador, suponía un virtual empate entre las partes; en el caso de Guatemala el cansancio histórico de una lucha sorda entre el ejército y una guerrilla de baja intensidad pero sistemática y, en el caso de Nicaragua, el desgaste de la Contra acosando constantemente al gobierno sandinista. Además, y quizá lo fundamental, una sociedad civil que quería la paz. Había muchas razones para negociar y, además, las circunstancias eran propicias.

Esquipulas I, en tal sentido, es un documento ambicioso que examina las distintas razones del enfrentamiento y propone una serie de medidas detalladas, con el objetivo de crear condiciones políticas, económicas e, inclusive, técnico institucionales que hicieran posible el desarrollo de la paz. En tal sentido, propone institutos de aplicación regional tales como la reconciliación nacional, el cese de hostilidades, las elecciones libres, el cese de ayudas a fuerzas irregulares o los movimientos insurreccionales, el uso del territorio para agredir a otros estados. Asimismo, expresa disposiciones sobre negociaciones en materia de seguridad, verificación, control y limitación de armamento, sobre refugiados y desplazados, así como sobre cooperación, democracia y libertad para la paz y el desarrollo. Finalmente, en aras de un control de ejecución de lo pactado, crea una instancia de verificación y de seguimiento internacional y un plan de ejecución de compromisos.

Como instrumento de conciliación nacional, insta a la utilización del diálogo ciudadano como una garantía plena de participación popular. Parte fundamental de esta iniciativa constituye el establecer un diálogo cierto y constante con los grupos opositores. Inherente al proceso de reconciliación nacional, propone la necesidad de establecer en ciertos países (quedan exceptuados aquellos en los que la Comisión Internacional de Verificación y Seguimiento determine que no fuese necesario) decretos de amnistía que contendrán todas las regulaciones necesarias para garantizar el derecho a la inviolabilidad de la vida, la libertad en todas sus formas, los bienes materiales y la seguridad de las personas a quienes sean aplicables estos decretos.

Esquipulas II desarrolla un argumento que vendría a ser un marco de referencia fundamental en las negociaciones de paz de El Salvador (1992) y Guatemala (1996), consistente en buscar el cese del fuego dentro del marco constitucional, es decir, sin caer en acciones que denigrasen o lesionasen la vida humana y todos los derechos y libertades que le son inherentes. Igualmente, para llevar a la práctica el acuerdo de democratización, Esquipulas II demanda el

respeto de los derechos humanos, la integridad territorial de los estados, el derecho de libre determinación de los pueblos, el establecimiento y perfeccionamiento de los sistemas democráticos, representativos y pluralistas que garanticen la organización de partidos políticos y la efectiva participación popular, en sí la plena observancia de todos los derechos ciudadanos. Por otra parte, reclama la proclamación de libertad de comunicación, incluyendo todos los medios, tanto de televisión y radio como la prensa escrita y el desarrollo de un pluralismo político partidista total. En este sentido, las agrupaciones políticas tendrán un amplio acceso a los medios de comunicación, un pleno disfrute de su derecho de asociación, así como libre movilidad para los miembros de los partidos políticos en función proselitista.

El impacto de Esquipulas II en las elecciones de Nicaragua del año 1990 estuvo íntimamente relacionado por el capítulo relativo a elecciones. Los acuerdos establecieron la celebración de elecciones libres, pluralistas y honestas. Adicionalmente, dispuso, en seguimiento a lo planteado ya por Esquipulas I, la celebración de elecciones para la integración del “Parlamento Centroamericano”, las cuales se llevarían a cabo en el primer semestre de 1988, simultáneamente en todos los países de América Central y bajo la observancia de los órganos electorales correspondientes, además de observadores internacionales. El Tratado Constitutivo debería someterse a la aprobación y ratificación de los cinco países. Posteriormente a estas elecciones se llevarían a cabo, bajo elecciones igualmente libres y democráticas el nombramiento de representantes populares en los municipios, los Congresos y las Asambleas Legislativas y la Presidencia de la República.

Esquipulas II rechaza la prestación de cualquier tipo de ayuda a los movimientos insurreccionales por parte de gobiernos regionales como extrarregionales, excepcionando la ayuda destinada a la repatriación o, en su defecto, a la reubicación y asistencia necesaria para la reintegración a la vida normal de aquellas personas que hayan pertenecido a dichos grupos o fuerzas. Como complemento de lo anterior, establece el compromiso de los cinco países de impedir el uso de su territorio y de cualquier apoyo militar logístico a personas, organizaciones o grupos que intenten desestabilizar a los gobiernos centroamericanos. Asimismo, se promete atender con sentido de urgencia los flujos de refugiados y desplazados que la crisis regional ha provocado, mediante la protección y asistencia especialmente en materia de salud, educación, trabajo y seguridad; para facilitar así su repatriación o su reubicación siempre y cuando sea de carácter voluntario y se manifieste individualmente.

En forma relativamente limitada, Esquipulas II examina las causas económicas del conflicto y sus eventuales soluciones. El punto 9 del acuerdo, el texto refiere brevemente la importancia fundamental de promover el desarrollo, a los efectos de que ello permita la formación de sociedades más igualitarias y libres de la miseria, a partir de una revisión de la estructura productiva y redistributiva, lo cual deberá generar un nuevo sistema de bienestar y justicia económica y social. Finalmente, establece la creación de una “Comisión Internacional de Verificación y Seguimiento”, la cual velaría por el respectivo y fiel cumplimiento de los compromisos. Ante este órgano, los cinco estados centroamericanos emitirán declaraciones de respaldo a su labor y colaboración en lo necesario para su eficaz funcionamiento. Establecidos todos los com-

promisos, se estatuye un Calendario de Ejecución, donde se esquematiza el funcionamiento previo del acuerdo, se organizan comisiones de trabajo y se dispone de todos los reglamentos o disposiciones necesarias para impulsar o viabilizar el cumplimiento de los compromisos.

III. AMÉRICA DEL SUR Y LA RELACIÓN CIVIL-MILITAR

La transición política en América del Sur se verificó -en lo fundamental- en el período que va desde 1980-1982 (Brasil, Argentina, Uruguay), hasta el más tardío, y en alguna manera diferenciado (Chile, 1988). Paraguay supuso un caso sustancialmente distinto. Los países andinos, por su parte, vivieron igualmente su retorno a la democracia (Bolivia, Perú, Ecuador) en diferentes transiciones que ocupan el primer lustro de la década del ochenta.

En todos estos casos, no obstante, se trató de transiciones distintas. En algunos países, fueron, en efecto, *retornos a la democracia* (como en lo referente a Uruguay, Argentina o Chile), sociedades que habían disfrutado de una larga tradición democrática previa -con madurez institucional y políticas públicas de largo alcance, las cuales se remontaban, en algunos casos, hasta las últimas décadas del siglo XIX. En otros casos, se trató más bien de procesos de *transformación y evolución del régimen de representatividad democrática* (Bolivia, Perú, Ecuador y, en buena medida, Brasil), los cuales se caracterizaron por una modificación sustancial de elementos de la cultura democrática y, consecuentemente, del régimen de representatividad político-institucional. Finalmente, está el caso del Paraguay, el cual se puede considerar como el de *inauguración democrática*, esto es, una sociedad que no había vivido ninguna época previa sustantiva de desarrollo democrático y que -como resultado de la revuelta de cúpula de fines de los ochenta- vive una transición de carácter inaugural y fundacional: el fin de la década del ochenta y la salida de Stroessner marca prácticamente el punto de partida del experimento democrático.

La diversidad y la diferenciación de los casos hace que cualquier análisis referente a las relaciones civiles-militares en esos países no pueda ser desarrollada a partir de un patrón común. Se trata en muchos casos de contextos sociológicos, étnicos, de conglomerado y pauta cultural, de inserción económica, sustancialmente distintos, razón por la cual los sistemas de interrelaciones sociales (y de sus actores) tienen también sus rasgos particulares y sustantivos. Mientras en algunos casos existía una profunda madurez de la sociedad civil, la cual ha sido capaz de llevar las reivindicaciones sociales y de políticas de derechos humanos con especial fuerza y como resultado de la organización institucional de los sectores sociales (ONGs, grupos de derechos humanos, organizaciones políticas) -tal es el ejemplo de Argentina o Chile-, en otros casos nos encontramos con sociedades civiles mucho más débiles (como la peruana o la boliviana), lo cual ha implicado esquemas de negociación y transición ciertamente diversos.

En los primeros casos, el *diálogo sociedad civil-organismos militares* ha tomado un perfil alto y característico del nuevo juego democrático, particularmente en aquellos países en los cuales la evolución de las instituciones políticas civiles había alcanzado un importante nivel de madurez. El valor de entidad o la personería social (y su peso específico político) de ambos ac-

tores resultó, al menos, parejo en la salida de la transición democrática. En otros escenarios, el diálogo y la interrelación ha sido débil o desigual; fundamentalmente en aquellos casos en los cuales se generaron casos de desbalance en los niveles de desarrollo de alguna de las partes, como producto de la particular organización de los grupos de poder o, bien, de la propia evolución democrática del modelo.

En particular, esa diferenciación es particularmente clara en lo que hace a la Región Andina y al Cono Sur. Por distintas razones, desde las que se refieren al rol geo-político, hasta las que tienen que ver con la composición social y económica o la madurez de sus procesos democráticos, se trataría de elaborar una *agenda diferenciada*. No obstante, en términos muy generales, se podría plantear -al menos- estos niveles de clasificación de ambas regiones, con algunos énfasis particulares:

1. *La lucha contra el narco-tráfico (Zona Andina)*. Por razones geográficas y económicas evidentes, la cuestión del narcotráfico es hoy uno de los temas fundamentales en países como Colombia, Venezuela, Perú, Bolivia y Ecuador. La decisión de asumir este tema como una cuestión militar o como un tema de seguridad pública está en la base de uno de los temas de la discusión civil-militar más urgente. Al igual que en el caso de Centroamérica, está la cuestión de las políticas de la DEA y su impacto en los niveles de soberanía interna.
2. *La redefinición del rol del ejército* dentro del marco de las políticas de modernización y desarrollo del estado, tanto en su ámbito político y económico. La función tradicional del Ejército es totalmente obsoleta en el marco de los países andinos y se plantea, pues, la cuestión de su reconversión (*Región Andina y Cono Sur*).
3. *El fin de la doctrina de la seguridad nacional, y la revisión de los esquemas de seguridad continental*. Aparte del diferendo fronterizo Perú-Ecuador, y de algunos tratados de límites pendientes -y en resolución por arbitrajes internacionales en proceso de sentencia- las contradicciones entre los países latinoamericanos son prácticamente inexistentes. Esta circunstancia es todavía más elusiva como resultado de la formación de bloques regionales económicos, en particular el MERCOSUR (*Cono sur y Región Andina*).
4. *La cuestión de los derechos humanos y el ajuste de cuentas (y la conciliación nacional)*. La violación sistemática a los derechos humanos en el período de la dictadura ha dejado fuertes secuelas en la relación civil-militar aún no saldadas. No sólo se trata de un ajuste de cuentas con el pasado y una fijación de responsabilidades sino, además, de una redefinición de la esencia y las funciones del ejército y un fortalecimiento de las instancias de seguridad civil (*con más énfasis en el Cono Sur pero, también, con aplicación en la Zona Andina*).

La transicionalidad política iniciada a partir de 1980 a 1985 (finalizando con la transición chilena de 1988), define un *nuevo escenario de negociación civil-militar*. De seguido, se examinan algunos casos particulares de América del Sur.

IV. UN TEMA REGIONAL URGENTE: EL GASTO EN ARMAMENTISMO Y LA POSICIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL

Los progresos en el ámbito de la democracia, la liberalización de mercados y la cooperación en el campo de la defensa en el contexto de los cambios geo-estratégicos ha dado lugar a una revisión integral de la transferencia de armas a la región. Con la compra de MIGs rusos por el Perú y el interés de Chile por la adquisición de F-16, varios sectores de la sociedad civil han expresado sus preocupaciones por lo que podría ser el re-lanzamiento de una carrera armamentista en la región. Estas tendencias han sido analizadas con detalle por Patrice Franko, del Department of Economics de Colby College, de Waterville, Maine, cuando apunta que las tendencias en la región apuntan a un nuevo recrudescimiento de la inversión nacional latinoamericana en armamento militar.⁷

De la misma forma, el Premio Nobel de la Paz, Ex-Presidente de Costa Rica, Oscar Arias, ha apuntado que la lógica de esa inversión en armas supone una doble moral que violenta la ética básica de las relaciones internacionales.⁸ En la misma dirección, se ha afirmado que el levantamiento de restricciones en la venta de armas anunciado por el Presidente Clinton en el pasado mes de julio de 1997, y ratificado por las declaraciones del 1 de agosto del Secretario de Prensa de la Casa Blanca Michael McCurry denominado *U.S. Policy on Arms Transfers to Latin America*, podría levantar una carrera armamentista similar a la que se ha levantado en el este asiático en la última década, de consecuencias y proporciones incalculables.^{9/10}

Como resulta claro, la carrera armamentista en América Latina tiene implicaciones de carácter político. La caracterización de la obtención de armas por parte de la clase militar ha tenido históricamente un resultado claramente negativo en lo referido a la estabilidad política o económica regional. En ninguno de los casos las argumentaciones para tratar de relacionar los avances democráticos con la inversión militar son probados, todo lo contrario: el fortalecimiento de los ejércitos tenderá, probablemente, a apresurar situaciones de crisis y de inestabilidad.

7 FRANKO, Patrice, *Patterns of Military Procurement in Latin America: Implications for US Regional Policy*, Colby College, Waterville, Maine, 1997.

8 ARIAS, Oscar. *The US Sale of Arms to Latin America is as Wicked as the Drug Trade*, Boston Globe, September, 1996. Arias refiere lo siguiente:

“It will ignite Latin America’s historic conflict between civilian authority and military power over the allocation of budget expenditures. Among the arguments in favor of sales, two merit strong ethical responses. It seems immoral and imbalanced question to justify a few thousand jobs in the United States through placement of more weapons in the developing world. If we were to accept such reasoning, some Colombians or Bolivians could argue that exporting mind altering drugs to the United States is justified because the production of cocaine and marijuana creates jobs in their own agriculture, industrial, and commercial sector. Moreover, it could be claimed that if these drugs were not exported from Colombia or Bolivia they would simply be supplied by other countries”.

9 THE WHITE HOUSE, *Statement by the Press Secretary*, August 1, 1997.

10 Así, DEANS, Bob. *U.S. considers lifting 20 years Arms Bans to Latin America*, Cox News Service, 1996.

Ver también, LUMPE, Lora, *Presidencia da República, Política de Defesa Nacional*, Brasilia, 1996.

La carrera armamentista puede ser definida como la satisfacción de necesidades en el campo del armamento, en circunstancias en que cada uno de los sectores en contradicción se sienten en situación de amenaza por el otro.

En términos generales, los indicadores de la venta de armas indican que la carrera armamentista en América Latina ha sido mayor a la de otros lugares del mundo y de que, incluso, entre el período que corre entre 1984 y 1994 América Latina redujo sus gastos militares y el tamaño de sus ejércitos entre un 2.8% y un 3.3% respectivamente; el componente de miembros de las fuerzas armadas en relación a la totalidad de su población bajó en un 5.1%, así como la importación genérica de armas se redujo en un 23.4% mientras las exportaciones declinaron en un 23.1%. Por otra parte, los gastos militares bajaron -en relación al producto nacional bruto de la región como un todo- de un 2.1% a un 1.2%, mientras el gasto militar en su conjunto, como componente del gasto del gobierno central, bajó de un 7.8% a un 6%.¹¹

El cuadro adjunto, correspondiente al análisis de Herbert Wulf supra-citado, muestra la evolución de esa tendencia de gastos.

Tamaño de las Fuerzas Armadas y reducciones

País	1990	1991	1992	Para militares	Incremen. Reducc.	Reducc planeadas	Oposición
Argentina	95.000	85.000	83.000	13.000	12.000	0	0
Belice	700	760	660	0	40	0	0
Bolivia	28.000	28.000	31.000	0	-3.000	0	0
Brasil	324.000	324.000	296.700	0	27.300	0	0
Canadá	89.000	90.000	86.600	0	24.000	10.600	0
Colombia	130.400	136.000	134.000	1.500	-3.600	0	7.800
Costa Rica	7.700	7.800	7.500	0	200	0	0
Cuba	180.500	180.500	180.500	19.000	0	0	0
Chile	101.000	95.800	91.800	0	9.200	0	1.500
Ecuador	42.000	57.800	57.800	200	-15.800	0	0
El Salvador	43.500	44.600	47.600	28.500	-4.100	24.000	8.600
Guatemala	42.200	43.300	39.600	0	2.600	0	1.000
Haití	7.400	7.400	7.400	0	0	0	0
Honduras	19.200	18.200	17.500	5.000	1.700	0	0
México	175.000	175.000	175.000	0	0	0	0
Nicaragua	80.000	63.500	30.500	0	49.500	10.000	19.000
Panamá	4.400	750	650	0	3.750	0	0
Paraguay	16.000	16.000	17.000	8.000	-1.000	0	0
Perú	120.000	120.000	105.000	600	15.000	0	5.500
Rep. Dominicana	20.800	22.800	23.200	1.000	-2.400	0	0
Uruguay	24.400	25.200	22.900	3.150	1.500	0	0
Venezuela	70.500	51.000	52.000	23.000	18.500	0	0

¹¹ U.S. Armas Control and Disarmament Agency, *World Military Expenditure and Arms Transfers*, 1995.

La correlación entre la disminución de gastos militares en la década referida y la concreción de los procesos de transición democrática en América del Sur y Centroamérica no es casual. En efecto, la imposición del embargo para venta de armas impuesto desde la Administración Carter, y en términos generales respetado (con algunos flancos de excepción) por las Administraciones Reagan, Bush hicieron posible que en América Latina las tensiones bajaran significativamente. Mientras en otras regiones del mundo la carrera armamentista se aparejaba con el agravamiento de las tensiones militares, los conflictos sociales, la guerra de guerrilla y, en otros casos la simple y pura guerra civil -(como fue el caso de Oriente Medio y de África)- en América Latina los sectores civiles ganaron poder y se afianzó la democracia representativa como sistema político.

Esta correlación se hace evidente en la siguiente relación estadística, que muestran los avances logrados en los diez últimos años:

Table 1. Military spending profile

	World Share Ratio		Real Growth Rate	
	1984	1994	1984-94	1990-94
Military Expenditures	2	2.3	- 2.8	- 3.2
Armed Forces	6.4	5.5	- 3.3	- 4.8
Force Ratio (AF/population)	4.6	2.8	- 5.1	- 6.5
Arms Imports	7.2	2.5	-23.4	- 3.5
Arms Exports	1.3	0.5	-23.1	- 7.8
Burden Ratio (ME/GNP)	2.1	1.2	na	na
ME/CGE	7.8	6	na	na

Fuente. US Arms Control and Disarmament Agency, World Military Expenditures and Arms Transfers 1995

Table 2: Arms Imports

Organization	World Share Ratio		Real Growth Rate	
	1984	1994	1984-94	1990-94
OECD	15	25.9	- 6.5	-18.1
OPEC	40.3	28.6	-13.3	-20.1
NATO, all (fmr)	11.1	20.4	- 5.6	-17.6
NATO Europe	7.5	14.4	- 4.8	-18.8
Latin America	7.2	2.5	-23.4	- 3.5
CIS	na	0.5	na	na

Fuente: US Arms Control and Disarmament Agency, World Military Expenditures and Arms Transfers 1995

NOTAS SOBRE LA SOCIEDAD CIVIL Y FUERZAS DE SEGURIDAD EN
AMÉRICA LATINA EN LAS DÉCADAS DE LOS 80'S Y 90'S

**Table 3: Military expenditures as a % of GDF based on constant price figures
(1990 prices, US\$ million)**

	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994
Southern Cone										
Argentina	na	1.7	2.5	2.5	2.4	1.8	1.3	1.9	1.7	1.7
Brazil	0.3	0.3	0.4	0.5	0.5	0.4	0.3	0.3	na	na
Chile	2.8	2.6	2.2	2.1	1.8	1.8	1.7	1.6	1.6	1.2
Andean										
Bolivia	na	1.6	1.7	1.5	1.5	2.0	1.9	1.8	1.7	1.6
Colombia	1.2	1.2	1.1	1.3	1.4	1.4	1.3	1.6	2.5	2.2
Perú	3.5	3.0	3.0	2.1	1.9	2.0	1.5	1.9	na	na
Venezuela	1	1.2	1.3	1.5	0.9	1.1	1.5	1.1	na	na
Central										
El Salvador	3.8	3.2	3.0	2.5	2.6	2.4	2.1	1.9	1.4	1.2
Guatemala	1.8	1.1	1.6	1.5	1.4	1.2	1.1	1.9	1.4	1.2
Nicaragua	na	na	na	na	na	na	na	na	na	na
Panamá	1.9	2.0	1.9	2.2	2.2	1.5	1.4	1.3	na	na
Honduras	2.1	0.9	0.8	0.7	1	0.8	na	na	0.5	na
México*	0.6	0.6	0.4	0.5	0.5	0.5	0.6	0.6	0.6	0.7

* Figures for 1986-89 are SIPRI estimates.

Fuente: SIPRI Yearbook 1996.

Por otra parte, existe información estadística que demuestra que la disminución en la inversión no sólo se experimenta en la comparación histórica sino -además- a partir de un paralelismo regional, con otras zonas y continentes del planeta. El siguiente cuadro ilustra ese hecho:

Table 4: Percentage of total agreements value by supplier to regions, 1988-1995

	Asia		Near East		Latin America		Africa	
	1988-91	1992-95	1988-91	1992-95	1988-91	1992-95	1988-91	1992-95
United States	23.56%	34.34%	40.26%	56.36%	12.80%	22.28%	1.80%	4.21%
Russia	54.80%	26.20%	9.94%	4.97%	58.81%	9.42%	51.30%	28.74%
France	7.06%	16.19%	4.08%	26.58%	7.10%	7.07%	7.33%	9.58%
United Kingdom	4.00%	6.18%	26.62%	3.19%	2.03%	11.78%	4.40%	0.00%
China	5.64%	3.83%	4.59%	1.08%	0.00%	0.00%	7.33%	4.79%
Germany	0.71%	2.06%	2.29%	0.22%	3.04%	7.07%	0.00%	0.00%
Italy	0.47%	2.36%	0.25%	1.51%	3.04%	7.07%	2.93%	0.00%
All Other European	2.35%	3.83%	6.37%	1.73%	6.08%	14.13%	5.86%	9.16%
All Others	1.41%	5.01%	5.60%	2.38%	7.10%	21.20%	19.05%	33.52%
(Major West European*								
European*	12.23%	26.79%	33.25%	33.49%	15.21%	32.97%	14.66%	9.58%
Total	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%	100.0%

*(Major West European category includes France, United Kingdom, Germany, Italy)

Fuente: Richard F. Grimmet. *Conventional Arms Transfers to Developing Nations, 1988-1995*, The Library of Congress, CRS Report for Congress, Affairs Defense Division, August 15, 1996. Available from Gopher/www.cdi.or

g:70/11.atdb/patterns/atdata/crs/1996.

Table 5: Regional arms transfer agreements, by supplier, 1988-1995*

	(in million of current U.S. dollars)							
	Asia		Near East		Latin America		Africa	
	1988-91	1992-95	1988-91	1992-95	1988-91	1992-95	1988-91	1992-95
United States	10018	11664	31604	26083	1262	946	123	88
Russia**	23300	8900	7800	2300	5800	400	3500	600
France	3000	5500	3200	12300	700	300	500	200
United Kingdom	1700	2100	20900	2400	200	500	300	0
China	2400	1300	3600	500	0	0	500	100
Germany	300	700	1800	100	300	300	0	0
Italy	200	800	200	700	300	300	200	0
All Other	1000	1300	5000	800	600	600	400	400
European All Others	600	1700	4400	1100	700	900	1300	700
(Major West European	5200	9100	26100	15500	1500	1400	1000	200
Total	42318	33964	78504	46283	9862	42460	6823	2088

* All foreign data are rounded to nearest \$100 million.
 ** Prior to 1992 reflects data for the former Soviet Union.
 *** (Major West European category includes France, United Kingdom, Germany, Italy)

Source: Richard F. Grimmet. *Conventional Arms Transfers to Developing Nations.*

1988-1995. The Library of Congress. Gopher: //www.cdi.org:70/11.atdb/patterns/atdata/crs/1996.

Por estas razones, el anuncio hecho por el Gobierno de los Estados Unidos el mes de julio de 1997 acerca del levantamiento de la prohibición de venta de armamento a los países de América Latina podría consistir en una medida regresiva que, evidentemente impacta el proceso de afianzamiento democrático de los últimos años, además de desbalancear los esfuerzos que -en los últimos años- se han hecho para invertir sumas mayores del PIB en el rubro público, social, en particular en lo relativo a educación, salud y vivienda. Uno de los puntos de la agenda de las organizaciones de la sociedad civil en materia de seguridad será el referirse a este importante punto e impedir el crecimiento de los rubros presupuestarios en materia militar y seguridad externa que puedan generar un desbalance de las inversiones sociales internas en América Latina.

PROVISIONAL MEASURES UNDER THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

David J. Padilla^(*)

INTRODUCTION

Nineteen ninety-eight marks the 20th anniversary of the entry into force of the American Convention on Human Rights, also known as the Pact of San José.¹ The Convention created a human rights court and a strengthened procedure for prosecuting alleged human rights violations committed by state agents.² Among the tools provided in the Convention aimed at securing greater respect for the human rights of persons are so-called provisional measures.³

Provisional measures are judicial orders issued by the Inter-American Court of Human Rights at the behest of the Inter-American Commission on Human Rights, or on the Court's own motion, to states parties to the Convention⁴ which have expressly accepted the Court's

(*) Assistant Executive Secretary, Inter-American Commission on Human Rights. The opinions expressed are those of the author and do not necessarily reflect those of the Inter-American Commission on Human Rights.

I wish to thank my colleague, Elizabeth Abi-Mershed, for her suggestions on this Article.

1 American Convention on Human Rights signed at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights in San José, Costa Rica, November 22, 1969, entered into force on July 18, 1978; found in *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*. OEA/Ser.L.V/II.92, doc. 31, rev. 4, May 3, 1996, Original: Spanish, p. 25 (hereafter "Basic Documents").

2 American Convention, Articles 33, 44-51, 62-63.

3 American Convention, Article 63.2 provides:

"In cases of extreme gravity and urgency and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court shall adopt such *provisional measures*, as it deems pertinent in matters it has under consideration. With respect of a case not yet submitted to the Court, it may act at the request of the Commission." (Emphasis added).

4 Provisional measures should not be confused with "precautionary measures". The latter are requests the Commission may address to States that measures be taken to avoid irreparable harm. They derive from the Commission's competencies and functions (see Article 41 of the American Convention),

obligatory jurisdiction. They are, in large measures, the Inter-American system's version of a witness protection program. They were created to save lives while facilitating the prosecution of cases of alleged human rights treaty violations. They are issued infrequently, 19 times since 1987, in urgent and grave cases where the Court believes such measures are necessary to avoid irreparable harm to individuals.⁵ Provisional measures, like their cousins at common law, injunctions and judicial protective orders, can be either affirmative or negative. Most importantly, since making their debut in the Honduran Disappearance Cases,⁶ they have proven very effective in saving lives⁷ although much less successful in identifying, prosecuting and punishing state agents responsible for threats against victims and witnesses.

The relevant international treaty law governing provisional measures has been thoroughly treated in the legal literature.⁸ The purpose of this note is simply to review some problematic aspects of the current procedure to give the student of the system a better understanding of certain thorny and recurring difficulties which need to be examined and addressed by the various actors in the process: the petitioners, the Commission and its Secretariat, the states parties and the Court.

PROCEDURE

To get a feel for this area of the law it will be useful to trace a typical hypothetical case of provisional measures. The Inter-American Commission on Human Rights receives a communication from a Washington based human rights NGO with field offices throughout the Americas. It appears that the victim, a human rights activist or a witness to an alleged violation

but are only expressly provided for in the Commission's Regulations. See *Regulations of the Inter-American Commission on Human Rights*, approved by the Commission at its 66th meeting, 49th session, held on April 8, 1980 and modified several times thereafter, Article 29, Basic Documents, pp. 141-142.

Precautionary measures thought similar to provisional measures in that they both address grave situations in which there is a high degree in that they are issued by the Commission and hence lack judicial authority. Ordinarily precautionary measures are issued before escalating a matter to the level of the Court and seeking judicial relief, i.e. provisional measures from that body. For further differences see Héctor Faúndez Ledezma. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales*, IIDH, 1996, p. 231.

5 A comparison between precautionary and provisional measures can be found in Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1996, OEA Ser/L/V/II.95, Doc. 7, rev. March 14, 1997, Original: Spanish, pp. 26-35.

See *Medidas Provisionales: Compendio 1987-1996*, Serie F No.1, Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1996.

6 Velásquez Rodríguez Case, Inter-American Court of Human Rights OAS Ser. L/V/III.19, doc. 13, app. VI (1988); Godínez Cruz Case, Inter-American Court of Human Rights OAS Ser. L/V/II.2, doc. 14 (1989). See also, Claudio Grossman, Disappearances in Honduras: the Need for Direct Victim Representation in Human Rights Litigation, 15 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 363, (1992).

7 Thomas Buergenthal, "Interim Measures in the Inter-American Court of Human Rights;" *Interim Measures indicated by International Courts*, p. 71 (R. Bemhardt ad. 1994).

8 Jo M. Pasqualucci, *Medidas Provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos*, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 19, pp. 47-112 (1994). *Ibid.* T. Buergenthal, "Interim Measures," pp. 69-94.

or a family member of the putative victim has received numerous anonymous threats against his life in Country A, which has recently emerged from a long period of military dictatorship and now has an elected government. The victim has seen several of his relatives, friends, colleagues or associates in the human rights movement killed, he believes, at the hands of civilian assassins contracted by the security branch of the armed forces.

The Commission's lengthy dealing with Country A., the NGO petitioner, and the local activist make the threat quite credible. The communication arrives at the Commission's secretariat in Washington, D.C., is time stamped and routed to the responsible staff attorney who has been designated case officer for the country in question.

Quickly convinced of the gravity of the situation, the lawyer consults with the executive secretary and the Commission member who serves as country reporter and a decision is taken to consult the Commission's chairman and, assuming his agreement, the plenary Commission as to whether to petition the Court for provisional measures to protect the threatened individual. Ordinarily, this process will take several days. In any event, the chairman is authorized to issue a request for provisional measures when the Commission is not in session.⁹

At the recommendation of the chairman, reporter, and the secretariat, the Commission would normally authorize the preparation and presentation of an Article 63.2 request for special measures. This missive is then faxed to the Court's seat at San José, Costa Rica. The Commission may or may not open a case against the country in question at this point. In any event, the case need not be before the Court.¹⁰ Upon receipt of the Commission's request, the secretary of the Court so informs the president of the Court who, in consultation with the Court's vice-presidents (and other judges if possible), decides to issue provisional measures.¹¹

In making its determination, the Court tooks to the urgency, gravity, and irrevocable character of the threats in question. The Court is of the view that such requests should be extraordinary, that where appropriate the Commission should have sought to apply its own so-called precautionary measures (to no avail), that the facts alleged constitute prima facie a violation, and that the allegations are supported by credible corroborating information.¹² As with other exercises of contentious jurisdiction within the system, there would naturally need to be a showing as to why domestic recourses have been unavailable or inadequate to address the situation complained of.

⁹ Regulations of the Inter-American Commission on Human Rights, *Basic Documents*, p. 141, Article 29.3 states:

"If the Commission is not in session, the Chairman or in his absence, one of the Vice-chairman, shall consult with the other members, through the Secretariat, on implementation of the provisions of paragraphs 1 and 2 above. If it is not possible to consult within a reasonable time, the Chairman shall take the decision on behalf of the Commission and shall so inform its members immediately."

¹⁰ Article 63 of the American Convention, *supra* note 3.

¹¹ Articles 24, 3 and 4, Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, *Basic Documents*, p. 185.

¹² Héctor Fix-Zamudio.

The provisional measure can be formulated affirmatively (“protected the victim’s life...”) or negatively (“do not execute...”) and they invariably include a reporting requirement (“notify this body of steps taken...”). In addition, the Court generally schedules a public hearing at a forthcoming sitting in which the parties (Commission and NGO serving as legal advisor and the government) will be invited to present witnesses and argument which the Court should take into account in deciding to ratify or lift the measures.¹³

When, as is usually the case, the Court determines that continued provisional measures are warranted, it declares itself to be continuously seized of the matter and requires the parties to periodically inform it of the steps taken to protect the potential victim and any new circumstances regarding his well being that the Court should be made aware of.¹⁴

ADEQUATE MEASURES

The initial problem faced by the parties is to agree upon a combination of measures that will truly protect the victim and prove feasible for the government. In practice, the Commission has found that in a significant number of cases the victim is not comfortable with or rejects the personal police protection offered by the government. Sometimes, the victim asserts that a government paid bodyguard constitutes an unwelcome intrusion into his private life. sometimes, the vigilance is viewed as superficial (e.g. a police vehicle driving through the victim’s neighborhood once an hour or so). Most commonly, however, the victim asserts that his fear is that the very police apparatus that he claims threatened him in the first place and prompted his recourse to international justice is hardly the body that should be charged with his protection. There is a tendency for the government, generally through its Ministry of Foreign Relations, to throw up its hands at this point and exclaim that it has acted in good faith in seeking to give effect to the Court’s order but has been prevented or frustrated in its efforts to provide special protection by the complainant’s refusal to cooperate.

The Court in *Caballero Delgado and Santana v. Colombia* noted that the state’s duty in these instances goes beyond assigning police protection.¹⁵ It extends to the investigation of the sources of the threats and the prosecution and punishment of those responsible for them. It is precisely in this area that government cooperation has been wanting. In the past, for example, simple, relatively economical investigative measures such as a properly authorized telephone taps have not been employed by governments. Until the impunity enjoyed by human rights violators is overcome, effective protection of victims will continue to be a will-o-the-wisp.

Beyond this, the Commission has had some success in arranging for the protected individuals to have some role in the selection of bodyguards provided by the State. This has tended to reduce the element of fear on the part of the victim of the threats.

13 Article 32 *et. seg.*, Rules, *supra* note 10.

14 Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1996, OEA Ser/V/II.

15 *Caballero Delgado and Santana v. Colombia*, Decision of January 21, 1991 at.

REPORTING REQUIREMENTS

The next problem area in cases in which the Court has imposed provisional measures has to do with its reporting requirements. When the Court issues its judicial order, it instructs the government to report periodically, usually every two months, on measures it has taken to assure that the complainant is adequately protected.¹⁶

The government's report is thereafter transmitted to the Commission, which forwards it to the petitioner for verification and observations. This process is often cumbersome and extremely difficult to effectuate in practice, given that neither the Commission nor the international NGO petitioner have a permanent presence in the country in question. Even the collaborating national NGO is usually located in the country capital and all face practical problems communicating with persons in remote areas of developing countries.

As the number of provisional measures cases increases this factor, a labor intensive reporting system will constitute an increasingly important consideration for the Court and particularly the Commission, in terms of its capacity to handle a growing case load. Already, the Commission has unavoidably missed several deadlines in trying to comply with Court reporting requirements. It is not enforceable that the system will reach a saturation point in the not too distant future.

LIFTING MEASURES

This leads to the consideration of a related problem; namely, at what point should provisional measures be lifted?

The answer to this question will vary with the circumstances of each case. In some instances the measures might be removed in a relatively short time once it has been determined that the urgent, imminent danger of irrevocable harm originally denounced has ceased to exist. One circumstance in which the Court, either *motu proprio* or on the motion of the government or the Commission, might order the lifting of provisional measures would be when the victim himself would request the action or at least not object to such a ruling.

Another situation, which would reasonably permit a similar action, would follow upon the arrest, prosecution and punishment of the threatening agent. It is precisely in this area that any definitive answer to this dilemma lies.

In terms of practice, there have few cases in which provisional measures, having been imposed, were later lifted by the Court. The case of *Chunimá* involved provisional measures ini-

¹⁶ See, e.g. Order of the Inter-American Court of Human Rights of June 28, 1996 (Serech and Saquic Case 11.570); Order of June 27, 1996 (Vogt Case 11.497), in Annual Report of the Inter-American Court 1996, *supra*, pp. 137, 127.

tially ordered by the Court in Guatemala in 1991 to protect peasants threatened by Government armed civilian patrollers.¹⁷ In that instance the Court interpreted the Commission's silence in the face of the Government's motion for removal as acquiescence and so dictated their removal.

Likewise, provisional measures were also lifted in *Serech and Saquic* and *Vogt* (both involving in Guatemala), after the petitioners reported their position that the situation of risk had subsided.¹⁸

Finally, as in domestic witness protection programs in some countries, there undoubtedly will be instances in which provisional measures will have to remain in force indefinitely given the continuing nature of the threat hanging over the life and well being of the victim and his family.

SCOPE

Another dilemma involves establishing the scope of provisional measures. As a general rule, requests for provisional measures and their application by the Court have been fairly narrowly circumscribed to one or several potential targets. Nevertheless, in at least one instance a number of persons have been included in the Court's ruling. And while provisional measures have usually been effective in protecting the immediate subjects of the Court's Article 63(2) orders, there have been instances in which relatives and friends of protected persons have been harmed. In one instance, however, a protected person was attacked.¹⁹ Thus, the Commission in requesting, and the Court in ordering protective measures inevitably must balance conflicting considerations in their respective actions. On one hand, the individual or group of individuals must be sufficiently well identified and numerically amenable to being provided with real protection, and yet on the other hand, be sufficiently broad in their scope as to assure that family members, friends and associates of victims are also protected if at risk. In at least one instance the Commission has considered seeking provisional measures for around 600 persons, all residents of a displaced persons camp who have sought neutrality in a civil conflict but have become the objects of repeated paramilitary and guerilla violence.²⁰ Given the isolation of the community and the common position assumed by all of its members, the Commission believed that logistically the collective protection of the entire group could be readily accomplished by the national armed forces.

¹⁷ Note of the President of the Court to the Government of Guatemala (*Chunimá* case), December 3, 1991, *reprinted in* Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1991, OEA Ser. L/V/III.25, doc.7, 15 January 1992, p. 122.

¹⁸ Resolution of the Inter-American Court of Human Rights of September 19, 1997 (*Serech and Saquic* Case 11.570); Resolution of the Inter-American Court of Human Rights of November 11, 1997 (*Vogt* Case 11.497). See also, Resolution of the Inter-American Court of Human Rights of January 19, 1994 (*Reggiardo-Tolosa* Case 10.959).

¹⁹ See Resolution of the Inter-American Court of Human Rights of 19 September 1997 (*Colotenango* Case 11.212).

²⁰ *Idem*.

In sum, while it is hard to establish inflexible rules for defining the true scope of provisional measures, actions of both the Commission and Court should be realistic and pragmatic in each situation. Both institutions should be prepared to reexamine their actions along with the affected government authorities with a view to assuring protection in deed as well as in law to group of individuals, be they families, clans, neighbors, or members of affinity groups such as unions or political parties who find themselves objects of credible threats against their physical integrity.

IN CASES PENDING COMMISSION ACTION

Another area of increasing concern for the Commission relates to government actions of an irrevocable character taken while a case concerning alleged human rights violation is under study by the IACHR pending a final determination.

A concrete example of this problem occurs in some instances with the application of capital punishment. Of course the Convention does not forbid the death penalty.²¹ Nevertheless, when an individual on death row, having exhausted his domestic remedies, complains to the Commission that his due process rights have been violated and the Commission opens a case file after having determined preliminary that the admissibility requirements set forth in the Convention have been met, the Commission becomes seized of the matter and the procedure for the processing of individual claims is set in motion.

If a domestic Court, however, ignores the IACHR process and fixes an execution date, the Commission is placed in an untenable position. Once capital punishment has been applied, any possible relief, which the Commission or the Court may hold out, becomes pyrrhic. Faced with the prospect of having its remedy become ineffective, I believe the Commission must seek provisional measures to stay the execution to allow sufficient time to dispose of the claim through its applicable procedures.

Common crime is a growing concern in a number of member states of the OAS and homicide and kidnapping statistics are alarming in many countries. Public opinion under these circumstances is clamoring for justice and opinion polls in some countries favor capital punishment. Thus, the Commission may find itself taking action in these circumstances which is unpopular. The alternative of failing to act, however, in my view, is to allow the systems' limited powers to become illusory. This is not to advocate that the Commission act as a fourth instance of review, as a kind of regional appellate court.²² I argue, rather, that states parties to the Convention must fulfill their treaty obligations and allow the treaty sanctioned procedures under the Convention to be carried out within the statutory time frame provided.

21 See American Convention, Art. 4, *Basic Documents*, pp. 26-27.

22 The Commission expressly held that its competence does not include the capacity to act as a fourth instance review on appeal. *Marziona v. Uruguay*, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1996, OEA/Ser/L/V/II.p.

Thereafter, assuming that the claim of a human right violation proves to be without merit, the state may duly apply its criminal law including capital punishment where due process safeguards under the Convention have been respected.

SUMMARY

On the whole, the Inter-American human rights system has been effective in addressing dire threats against the lives and physical integrity of a number of persons in circumstances of grave peril with potentially, irrevocable consequences. Although the system's experience is limited to a relatively small sample of cases, results to date have been encouraging, particularly because of the efforts of all of the actors involved and, most especially, the due diligence demonstrated by state authorities in certain cases. Nevertheless, recent cases have also pointed out a number of real and recurring problems that need to be recognized and addressed by the organs of the system as well as the states and non-state actors if the system of provisional measures under the American Convention on Human Rights is to continue to provide real relief under especially dangerous conditions.

UN DIÁLOGO CON HÉCTOR FIX-ZAMUDIO^(*)

José F. Palomino Manchego^(**)

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA UNIVERSITARIA

1. *¿Qué significado tiene para Ud. haberse dedicado de manera infatigable por espacio de treinta años al campo de la investigación y docencia universitaria?*

Bueno, para mí ha sido una vocación que descubrí muy temprano, y no existía en la Universidad, lo que ahora a partir del Doctor CHÁVEZ se llama “Programa de Formación del Personal Académico”, sino era algo esporádico. Realmente, para mí fueron muy importantes los profesores españoles del exilio,¹ porque me tocó cuando estaba en la Licenciatura, entonces

(*) Aprovechando una corta estancia en la ciudad de México, tuve el privilegio de conocer y tratar personalmente al distinguido amparista Héctor Fix-Zamudio (n. 1924). Recuerdo que fue el 20 de febrero de 1990 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, donde funciona la sede del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. El reputado Maestro dejó a un lado sus obligaciones académicas y científicas para acceder muy amable a una entrevista. Durante una hora y media hablamos de diversos temas y proyectos de publicaciones. Aquí se reproduce ese coloquio, habiendo agregado por nuestra parte algunas notas, referencias y bibliografía para que sirvan como guía al lector. Una primera versión se publicó en la Revista *Ius et Praxis*, N° 16, Lima, 1990, pp. 281-299. Ahora, con ocasión de publicar la Corte Interamericana de Derechos Humanos un libro en su honor (*liber amicorum*) he estimado reeditararlo a fin de darle una mayor difusión, respetando el límite cronológico al cual corresponde y como una modesta colaboración a la labor del homenajeado, a saber, celoso protector de los derechos humanos. (Lima, 30 de enero de 1998).

(**) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Academia de la Magistratura (Perú). Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

¹ *Cfr.* HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: “Los Juristas españoles exiliados y la Ciencia Jurídica mexicana” en el colectivo: “El exilio español y la UNAM”. México D.F., UNAM, 1987, pp. 51-63. También se ha publicado el Boletín del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de Madrid, Noviembre-Diciembre, Madrid, 1984, pp. 13-20.

“Escuela Nacional de Jurisprudencia”, tener contacto con los profesores que llegaron a México desde 1937, LUIS RECASENS SICHES (1903-1977) hasta 1946, cuando vino de Buenos Aires NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (1906-1985). Y esto significó una renovación porque, desde luego, en México existían profesores muy destacados pero los españoles vinieron con un contacto más directo con los europeos de esa época. Además en México no existía un profesorado de carrera, al menos en la “Escuela Nacional de Jurisprudencia”, por cuanto la mayoría de los profesores, abogados, jueces o funcionarios dictaban una o dos clases, pero solamente como profesores de asignatura. Y los docentes españoles vinieron a formar los primeros seminarios, crearon las asesorías académicas, etcétera.²

Y tuve la fortuna de conocer a NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO que me ayudó con mi tesis de Licenciatura³ y desde entonces estuve en contacto con él. Además, siendo estudiante ingresé al Poder Judicial Federal como empleado y ahí me formé en la carrera judicial.⁴ Poco después, paulatinamente, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO me fue orientando por la investigación y entonces ya definitivamente, porque en una época desde 1957 hasta 1964, era investigador especial y no tenía un horario definido, una categoría que no existe ahora. Además, colaboraba con el entonces “Instituto de Derecho Comparado”, precisamente por la intervención de ALCALÁ-ZAMORA, hasta agosto de 1964 cuando decidí incorporarme a tiempo completo en la Universidad Nacional Autónoma de México.⁵

2 Prueba de ello, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO influyó sobremanera para la creación del “Seminario de Derecho Procesal”, habiendo sido su primer Director del 1.º de abril de 1946 hasta el 31 de mayo de 1957, fecha desde la cual pasó al “Instituto de Derecho Comparado” de la Universidad Nacional Autónoma de México. Al respecto, *Vid.* HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: “Optimismo y pesimismo en el Derecho Procesal Mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núms. 157-159, Enero-Junio, 1988, pp. 59-111.

3 El Dr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO rindió su examen profesional de Licenciatura el 18 de enero de 1956, obteniendo Mención Honorífica. Está por descontado que el influjo de los amparistas mexicanos FELIPE TENA RAMÍREZ y MARIANO AZUELA, en la sólida formación del Dr. FIX-ZAMUDIO ha sido también decisivo.

4 La labor que le cupo actuar al Dr. FIX-ZAMUDIO, podría decirse el iter de su experiencia profesional, es la siguiente: Auxiliar de la Secretaría de Acuerdos de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde su ingreso al Poder Judicial Federal el 8 de junio de 1945 hasta abril de 1956. Luego, habiendo obtenido la Licenciatura en Derecho, le tocó desempeñarse como Actuario Judicial en funciones de Secretario en el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, de mayo a agosto de 1956. A continuación, fue Secretario del Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito, del 10 de setiembre de 1956 al 11 de setiembre de 1957. Su labor en el ámbito judicial la concluye ocupando el cargo de Secretario de Estudio y Cuenta adscrito al Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia, del 1.º de enero de 1958 al 30 de julio de 1964. Los datos aquí consignados, aun cuando en substancia, han sido tomados del impresionante currículum vitae que forma parte de los “Estudios en Homenaje al Dr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO (En sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas)”, T.I. (Derecho Constitucional), UNAM, México D.F. 1988, pp. IX-XXXIII. Antecede una excelente presentación del Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, JORGE MADRAZO. *Vid.* nuestra recensión a dicho libro en *Ius et Praxis* No. 14, Diciembre, Lima, 1989, pp. 301 ss.

5 Cabe resaltar que NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, dedicó uno de sus libros a HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, entre otros más. Dice, muy afectuosamente la Dedicatoria: “A HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, SERGIO GARCÍA RAMÍREZ y SANTIAGO OÑATE LABORDE, alineados por orden alfabé-

2. De lo expuesto, se colige que para Ud. el profesor RECASENS SICHES desde el ámbito de la Filosofía Jurídica y Teoría General del Derecho, y el profesor ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO en la temática del Derecho Procesal influyeron en su formación profesional y académica.

Desde luego que sí. Sobre todo ALCALÁ-ZAMORA, porque la especialización que fui adquiriendo más que en Filosofía y Teoría General del Derecho fue en Derecho Procesal.⁶ Entonces, él influyó decisivamente. Fue como si hubiera obtenido una beca para estudiar en el extranjero. Yo estuve a punto de viajar a Italia para trabajar al lado de PIERO CALAMANDREI (1889-1956) pero él falleció.⁷ Es por ello que así me formé con ALCALÁ-ZAMORA, y poco a poco fue orientándome más que a la carrera judicial en la investigación. Y, como le repito, en 1964 hubo una vacante en el entonces llamado “Instituto del Derecho Comparado” convertido en 1967 en “Instituto de Investigaciones Jurídicas”, a tiempo completo y me vine a la Universidad definitivamente.⁸

tico de apellido y cronológico descendente de edades, pero iguales para mí en el afecto, en testimonio de altísima estima intelectual hacia sus méritos como los tres más brillantes investigadores de la Ciencia Jurídica que conmigo han trabajado a lo largo de mis treinta años de permanencia en México”. Cfr. “Derecho Procesal Mexicano”, T.I (1976), T.II (1977), Editorial Porrúa S.A., México, D.F.

6 Vid. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO-JOSÉ OVALLE FAVELA: “Derecho Procesal”, México, D.F., UNAM, 1981; 2da. edición, 1983. Más concretamente, el libro de FIX-ZAMUDIO: “Constitución y proceso civil en Latinoamérica”, UNAM, México, D.F., 1974; hay versión francesa traducida por la Dra. MONIQUE LIONS. Por lo demás, FIX-ZAMUDIO ha cultivado y escrito numerosas monografías acerca del Derecho Procesal desde diferentes disciplinas: Constitucional, Administrativo, Laboral, Agrario, Fiscal. Por lo que respecta a su contribución al campo laboral, Vid. SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA: “FIX-ZAMUDIO y su aportación al Derecho Procesal del Trabajo”, en: “Estudios en Homenaje al Doctor HÉCTOR FIX ZAMUDIO”, *cit.* nota 4, T.III (Derecho Procesal), pp. 1637-1646. De acuerdo con esto, destilan a la sazón los siguientes méritos de FIX-ZAMUDIO: Socio fundador del Instituto Mexicano de Derecho Procesal (1962); Miembro del Instituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato (1964); Miembro Honorario del Instituto Español de Derecho Procesal (1965); y Miembro de la Unión de Profesores para el estudio del Derecho Procesal Internacional Comparado y de Arbitraje (1980).

7 Vid. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: “La aportación de PIERO CALAMANDREI al Derecho Procesal Constitucional”, Revista de la Facultad de Derecho de México, N° 24, Octubre-Diciembre, 1956, pp. 191-211. Precisamente, la primera traducción al castellano que realizó FIX-ZAMUDIO fue la obra, en italiano, de PIERO CALAMANDREI intitulada “Proceso y Democracia”, EJEA, Buenos Aires, 1960. También ha traducido al castellano temas jurídicos de STELLA RICHTER, TULLIO LIEBMAN, OTHON SIDOU, MAURO SECCI, PINTO FERREIRA, BRUNO OPPETIT, BISCARETTI DI RUFFIA, JOHN N. HAZARD y VICTOR RUSSOMANO.

8 El Dr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, según el Acuerdo del Consejo Universitario del 8 de mayo de 1987, es “Investigador Emérito” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Además, es “Profesor Honorario” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, según R.R. N° 69075 de 3 de agosto de 1982.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

3. *A propósito del Derecho Procesal, Ud. ha escrito bastante material detallado y preciso con la bibliografía al día sobre el Derecho Procesal Constitucional. Mi inquietud es la siguiente: ¿Es lo mismo Derecho Procesal Constitucional, Jurisdicción Constitucional y Justicia Constitucional?*

No. Lo que pasa es que los términos se utilizan a veces como equivalentes. Pero, en realidad con mayor precisión podemos decir que la Justicia Constitucional⁹ es un término más amplio que abarca no sólo lo que es el proceso constitucional en sentido estricto. Es decir, algunos otros aspectos que son *strictu sensu* procesales, sino que sirven de apoyo al proceso constitucional, otros métodos de solución de conflictos que no se llevan a través del proceso. Y por eso es mucho más amplio que la Jurisdicción Constitucional que sería un aspecto estrictamente procesal. El Derecho Procesal Constitucional vendría siendo el estudio de esa jurisdicción, digamos el proceso destinado a la solución de los conflictos que derivan de la aplicación de la Constitución a través de la jurisdicción y del proceso. Y la Jurisdicción Constitucional sería un aspecto mucho más amplio que abarca una serie de problemas, de cuestiones que no son estrictamente procesales, pero que sirven de solución al conflicto. Digamos por ejemplo, el *Ombudsman* no es una institución procesal, no es un juez, es un funcionario, y más que funcionario es una institución, un organismo que se ocupa del análisis de las quejas de los administrados para darles una solución amistosa o, bien, una recomendación a la autoridad para que solucione este tipo de problemas.¹⁰

4. *Ud. realizó meticulosamente en 1961, la traducción del italiano de un libro cuyo autor es MAURO CAPPELLETTI. Sin embargo, en castellano le dio el título de “La Jurisdicción Constitucional de la Libertad”. ¿Qué le indujo para reemplazar el término “libertad” en vez de “libertades”?*¹¹

Bueno, ese fue en el fondo un problema semántico. Yo lo discutí con el autor con quien me une gran amistad desde esa fecha. Y acordamos que en español es un término más amplio de lo que significaba “libertades” en italiano. Es decir, es un problema semántico del castella-

9 Entre otros trabajos del Dr. FIX-ZAMUDIO, sobre esta temática, mencionase: “Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional” (1940-1965), UNAM, México, D.F., 1968; “La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales”, Editorial Civitas-UNAM, Madrid, 1982. También se aborda el tema, incluyéndose una copiosa bibliografía, en el trabajo de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: “Sobre la Jurisdicción Constitucional”, en el volumen a cargo de ANÍBAL QUIROGA LEÓN (Compilador), que lleva el mismo título, P.U.C., Lima, 1990, pp. 27-64.

10 *Vid.* HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, voz “Ombudsman” en: “Diccionario Jurídico Mexicano”, UNAM, México, D.F., 1984; “Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman”, en: “Memoria de El Colegio Nacional”, T.IX, N° 2, México, D.F., 1979, pp. 19-149; y “Posibilidad del Ombudsman en el Derecho Latinoamericano”, en el libro: “La defensoría de los derechos universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia”, UNAM, México, D.F., 1986, pp. 32-52.

11 El título en italiano es: “La giurisdizione costituzionale delle libertà”, Giuffrè, Milano, 1955. La versión castellana fue publicada por la UNAM, México, D.F.

no, la palabra “libertad” tiene un ámbito más lato. Inclusive, desde el punto de vista del sistema de valores es algo más, tiene una connotación ética, más amplia que “libertades”. Ahora bien, “libertades” es el aspecto concreto y en realidad el libro se refiere a los derechos fundamentales en general y no a algunos en particular. Por eso pensamos que en español quedaría mejor el término “libertad” antes que “libertades”. Pero no es un problema de fondo. No es que yo quiera corregir al autor sino que, de común acuerdo, quedamos que en español tendría un aspecto más amplio el vocablo “libertad” en vez de “libertades”.

5. *Los Tribunales Constitucionales*¹² son para Ud. sus ‘criaturas predilectas’ que amorosamente ha estudiado. ¿Qué significado tienen los Tribunales Constitucionales tanto en la Europa Continental como, recientemente, en la Europa del Este, caso concreto, Polonia, Checoslovaquia y Yugoslavia?

Yo añadiría la nueva Constitución de Hungría reformada en 1989. Este problema de los Tribunales Constitucionales se sabe que surgió más o menos recientemente de acuerdo con las ideas de HANS KELSEN (1881-1973), que fue uno de los autores de la Constitución de Austria de 1920.¹³ Y lo expresó en un trabajo clásico que se publicó en francés en 1928 con el título de “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, como él lo denominó.¹⁴

HANS KELSEN creó un Tribunal especializado en materia constitucional. Esto resultó muy novedoso en 1920, pensando también que en Europa la idea de la supremacía de la Constitución tuvo una repercusión distinta que en América. La Constitución de los Estados Unidos era más pragmática de acuerdo a lo que ocurría en las colonias inglesas donde los jueces ya empezaban a desaplicar leyes locales contrarias a los estatutos y leyes inglesas. Le dieron a la Constitución un efecto jurídico. Hay un libro muy importante de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, profesor y tratadista español.¹⁵ Precisamente, ahí señala esa diferencia, mientras que el principio de la supremacía constitucional en la Constitución norteamericana tuvo una consecuencia jurídica, es decir, una aplicación jurídica, a través de la revisión judicial, en Europa tuvo una aplicación política. Porque no se admitió, por la influencia de ROUSSEAU (1712-1778), y por la supremacía del órgano legislativo, que los jueces pudiesen decidir sobre la constitucionalidad de las leyes. Entonces KELSEN, tomando en cuenta esta tradición europea-continental que también existe en Inglaterra, pensó que era necesario crear un órgano especial para resolver los conflictos derivados de la aplicación de normas inconstitucionales. Así se gestó la Cor-

¹² Vid. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: “Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos”, UNAM, México, D.F., 1980; 2da. edición, Editorial Porrúa, 1985.

¹³ Entre otros, *vid.* CHARLES EISENMANN: “La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle D’Autriche”, Ed. Económica, París, 1986, (Reimpresión de 1928); PEDRO CRUZ VILLALÓN: “La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad” (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, especialmente, pp. 231-276.

¹⁴ La versión en castellano traducida del francés por ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN apareció publicada en Anuario Jurídico, N° 1, UNAM, México, D.F., 1974, pp. 471-515.

¹⁵ *Cfr.* “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Editorial Civitas, Madrid, 1981. Este libro del administrativista GARCÍA DE ENTERRÍA, dio lugar a una polémica con el constitucionalista PABLO LUCAS VERDÚ, que merece un tratamiento aparte.

te Constitucional de Austria que en la Segunda Postguerra tuvo una gran repercusión. Primero, en Italia la Corte Constitucional, luego en la República Federal de Alemania el Tribunal Constitucional Federal y los Tribunales Estatales. Después ha repercutido, por ejemplo, en Portugal, primero con la Comisión y el Consejo de la Revolución, y, desde 1982, el Tribunal Constitucional. En España, después que se aprobó la Constitución de 1978, se reguló el Tribunal Constitucional que tanta importancia ha tenido. Inclusive países socialistas como Yugoslavia a partir de 1963, después reformado en 1974, se creó, también tomando en cuenta un poco el ejemplo alemán, el Tribunal Federal Constitucional y Tribunales Federales Locales. Se intentó en Checoslovaquia en una época.¹⁶ Después se ha creado en Polonia. Y en América Latina, realidad que usted conoce, menciónase el caso de Guatemala aunque en forma esporádica, a continuación Chile, posteriormente, en el Perú, el Tribunal de Garantías Constitucionales.¹⁷ Sucede que en América Latina ha tenido otra repercusión, no la misma que en Europa Continental, porque con la tradición del sistema tomado de los Estados Unidos de la revisión judicial, se ha hecho una mezcla. Y en Europa es incompatible la revisión judicial, de que los jueces ordinarios no pueden resolver problemas de inconstitucionalidad de las leyes. Cuando surgen tienen que mandarlos a la Corte o Tribunal Constitucional. En América Latina se han combinado los dos sistemas donde ya están funcionando los Tribunales Constitucionales y no es incompatible que los jueces desapliquen las leyes inconstitucionales en los casos concretos.

6. *¿Y el caso de Hungría que acaba de citar?*

Recibí la Constitución húngara hace poco por intermedio de un buen amigo que es Embajador de Colombia en Budapest. Me la envió traducida al inglés en la versión que se distribuye a los miembros del personal diplomático. Y en esa Constitución un capítulo muy importante crea el Tribunal o Corte Constitucional. Hoy en día los gobiernos democráticos inmediatamente toman este órgano como un síntoma de evolución democrática, porque los Tribunales Constitucionales han demostrado su función esencial para la interpretación de las normas constitucionales.

REFORMA CONSTITUCIONAL

7. *La Constitución mexicana a la fecha ha tenido, hablando en términos aproximados, 400 reformas constitucionales. En consecuencia, ¿todavía sigue manteniendo el espíritu de los constituyentes de 1917? ¿Está poniéndose al día como sucede con otras Constituciones?*

El problema que se presenta en México con las reformas constitucionales es, en mi opinión, una interpretación que naturalmente no todos comparten. En la Constitución de 1917, al expedirse en la Primera Postguerra, apenas comenzaba a surgir la idea de los derechos sociales,

¹⁶ Cfr. OTAKAR FLANDERKA: "Le controle de la constitutionnalité des lois en Tchécoslovaquie", Jouve & Editeurs, París, 1926.

¹⁷ Vid. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: "El Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú: una aproximación", Ius et Praxis N° 14, Diciembre, 1989, pp. 13-29.

de los cambios económicos, la creación de un Estado intervencionista que empezaba a fortalecerse. La Constitución mexicana fue la primera que introdujo derechos sociales con derechos constitucionales que ya existían en otros países, pero regulados con leyes ordinarias. Es una Constitución de transición, el texto original si uno lo estudia tiene mucho de la Constitución liberal de 1857, habiendo incorporado otros derechos más novedosos. Sobre todo, derechos laborales, de reforma agraria, algunos aspectos de intervención del Estado en la protección de los recursos naturales, etcétera. Entonces, es una Constitución de transición. Como usted sabe, en los últimos años, sobre todo a partir de los años cincuenta, se han expedido numerosas constituciones, inclusive en América Latina en el sentido de establecer un Estado Social o tendencialmente un Estado Social de Derecho,¹⁸ un Estado que ya no sigue los postulados del liberalismo clásico en materia económica, sino que trata de establecer un sistema de una mejor distribución de bienes y servicios, lo que entendemos por Estado Benefactor o Estado Social. Todo esto ha ido incorporándose paulatinamente en nuestra Constitución. Con relación a las reformas constitucionales, no todas han sido técnicas, en fin, ha habido descuido en la elaboración. Casi todas fueron precisamente en esta dirección de actualizar e incorporar una serie de aspectos que otras constituciones más modernas tenían. Inclusive, se ha culminado, por ejemplo, en 1982, con la reforma del sistema económico que antes estaba en las leyes, pero no en la Constitución. O sea, lo que llaman la rectoría del Estado, la planificación económica social,¹⁹ las áreas prioritarias de la economía, la economía mixta, etcétera, ya existían; estaban reguladas pero se creaban como una parte del Derecho Constitucional Económico;²⁰ no en un capítulo especial, sino dentro del capítulo de los Derechos Individuales. Faltaba técnica; pero, en fin.

Y, otro problema que hemos tenido es que como muchos preceptos constitucionales son muy reglamentarios, cada vez que se presentaba un cambio de actualización había necesidad de hacer reformas constitucionales porque en la Constitución hay muchos detalles.

Si usted ve el artículo 27 que regula la reforma agraria y la titularidad del Estado sobre los productos o recursos naturales es casi un código que se le incorporó; cada vez que la Ley de Reforma Agraria sufre una modificación, hay que hacer una reforma constitucional. Así es que hubo aspectos tales como la necesidad de actualizar la Constitución, es decir, ponerla al día porque la función original era de transición.

18 La Constitución Peruana de 1979, apunta lo siguiente: "Artículo 4o.- La enumeración de los derechos reconocidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado Social y Democrático de Derecho y de la forma Republicana de gobierno".

Con relación a México, *cfr.* HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: "Estado Social de Derecho y cambio constitucional", en: "Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional" (1983), México, D.F. UNAM, 1984, pp. 337-369; del mismo autor: "El Estado Social de Derecho y la Constitución Mexicana", en el colectivo: "La Constitución Mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta", UNAM-Porrúa, México, D.F., 1985, pp. 77-120.

Doctrinariamente, aún sigue siendo interesante el libro de ELÍAS DÍAZ: "Estado de Derecho y sociedad democrática", 8va. edición, Taurus Ediciones, S.A., Madrid, 1981.

19 *Vid.* HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: "Régimen económico y Derechos Humanos", Revista Mexicana de Justicia, Enero-Marzo, México, 1986, pp. 39-51; "La democracia social y la Constitución Mexicana", en Externado, N° 3, Noviembre, Bogotá, 1986, pp. 391-437.

20 *Cfr.* DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: "La Constitución Económica Peruana", en Externado, N° 3, Noviembre, Bogotá, 1986, pp. 485-523; incluye bibliografía especializada.

8. *Últimamente se viene hablando de una posible reforma al artículo 130 de la Constitución sobre la relación de la Iglesia con el Estado.*

Este es un aspecto muy delicado desde el punto de vista político, porque, en realidad, el artículo 130 de la Constitución surgió en un momento determinado de conflicto entre la jerarquía eclesiástica y el gobierno revolucionario y culminó en los años veinte. Ha sido una sublevación de una parte de la población que no estaba conforme con ciertas limitaciones al ejercicio de las actividades religiosas. Así, en 1929, hubo un acuerdo entre el Gobierno y la jerarquía eclesiástica. Luego, se llegó a acuerdo de establecer una especie de situación de tolerancia recíproca que, respetando esta idea de la separación de la Iglesia y el Estado de la educación laica, no se aplicaba estrictamente el artículo 130 de la Constitución.²¹

EL JUICIO DE AMPARO

9. *Con relación al Juicio de Amparo, qué duda cabe, Ud. constituye el gran difusor de México hacia toda América, inclusive en Europa, lo que en su oportunidad fueron MARIANO*

21 Constitución de México:

“Artículo 130.- Corresponde a los Poderes Federales ejercer en materia de culto religioso y disciplina externa la intervención que designen las leyes. Las demás autoridades obrarán como auxiliares de la Federación”.

El tema “Iglesia-Estado” también alcanzó en México ribetes a nivel periodístico. A manera de ejemplo, el diario “El Universal” en su edición del 24 de febrero de 1990 publicó los siguientes artículos: LUCILDA PÉREZ SALAZAR, “Actualización religiosa”; XAVIER OLEA MUÑOZ, “Otra vez el artículo 130”; JOSÉ ÁLVAREZ ICAZA, “Memoria histórica, gobiernos e Iglesia”. Al día siguiente, 25 de febrero, el mismo diario publicó un documento -“Relaciones Estado-Iglesia”- propuesto por la Conferencia del Episcopado Mexicano al Presidente Constitucional Licenciado CARLOS SALINAS DE GORTARI con fecha 5 de junio de 1989. La propuesta de reforma del artículo 130 de la Constitución era suprimirlo todo y sustituirlo por el siguiente: “Se establece la separación entre el Estado y las iglesias. Se reconoce la libertad de religión o de creencia y la igualdad de derechos de los ciudadanos. El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión cualquiera”. Por su parte, el Gobernador del Estado de Morelos, ANTONIO RIVA PALACIO, expresó que el Estado mexicano continúa siendo laico con respeto a la norma constitucional; pero también con profundo y absoluto respeto a la creencia de todos los mexicanos. (Diario “Excelsior” del 18 de febrero de 1990).

El comentario al artículo 130 de la Constitución puede consultarse en AA.VV.: “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada”, UNAM, México, D.F., 1985, pp. 323-326, a cargo de MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLES. “En cada uno de sus párrafos -dice- podemos reconocer algunos aspectos de la política regalista o de la que impulsaron los hombres del siglo XIX y particularmente los de la Reforma. Esta es quizá la causa por la que, desde entonces, ha permanecido intacto el artículo en cuestión”.

Ahora bien, entre los principios que determinan la relación esencial entre la Iglesia y el Estado, tenemos: a) libertad e independencia del Estado en el ejercicio del poder civil; b) Libertad e independencia de la Iglesia en el cumplimiento de su elevada misión moral y religiosa; y c) Armonía y concordia entre ambas potestades por tener éstas su origen en Dios, la una para conseguir el bien temporal por medio del Derecho, y la otra para conseguir la bienaventuranza eterna”. Cfr: VICENTE SANTAMARÍA DE PAREDES: “Curso de Derecho Político”, 4ta. edición, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1890, p. 233.

*OTERO y MANUEL CRESCENCIO GARCÍA REJÓN Y ALCALÁ.*²² *Concretamente, ¿cuál es la importancia del Juicio de Amparo mexicano y el influjo que tiene hacia América Latina?*

El Juicio de Amparo puede distinguirse en dos aspectos. En principio, el que ha tenido influencia, realmente, es el Amparo tal como lo pensaron los creadores que usted mencionó, y los constituyentes de 1856-1857 que lo plasmaron definitivamente en la Constitución del 5 de febrero de 1857.²³ Esto es, un instrumento específico para proteger lo que llamaron garantías individuales o derechos individuales, que entonces eran los únicos que se consagraron en la Carta Política. Esa fue la idea original del Juicio de Amparo como una institución específica para proteger los derechos individuales frente a leyes o actos arbitrarios emanados de cualquier autoridad. Paulatinamente, se fueron incorporando otros aspectos; inclusive, es un poco complejo hablar lo que significó el Amparo contra resoluciones judiciales desde el siglo pasado a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Pero, esto se debía a una serie de factores que han sido estudiados desde el punto de vista histórico, como son la centralización de la época colonial, judicial; las audiencias y el Concejo de Indias, la ausencia de abogados en los Estados que hacía que los tribunales locales estuvieran mal integrados. Hubo una influencia excesiva de los gobernadores. Eso determinó que los abogados buscaran llevar todos los asuntos a los Tribunales Federales, sobre todo a la Suprema Corte, que era la última instancia, originando que esta se convirtiera, por la gran parte de su actividad, en un Tribunal Nacional de Casación. Ello trajo consigo que nosotros cambiáramos el sistema que tomamos de la Constitución norteamericana de 1787 con relación a la jurisdicción.

Así, tribunales locales, tribunales federales, cada uno con su controversia entre una ley y la Constitución se podía llevar el asunto local a los tribunales federales. A través de esa evolución de la jurisprudencia, que ocupó todo el siglo pasado, hubo grandes discusiones sobre el tema. Pero, la jurisprudencia acabó por aceptar que todas las sentencias judiciales del país se llevaran a la Suprema Corte a través del Juicio de Amparo. Mediante una especie de ficción de que cada vez que no se aplicaba correctamente una ley en una sentencia se estaba violando un derecho constitucional, el derecho de aplicarse exactamente una ley a una resolución judicial.

22 *Vid.* MIGUEL DE LA MADRID HURTADO, “MANUEL CRESCENCIO REJÓN constitucionista mexicano”, en: “Estudios de Derecho Constitucional”, 2da. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1980, pp. 67-79; antecede una Presentación del Dr. HÉCTOR FIX-ZAMUDIO.

23 Constitución de 1857:

“Artículo 101.- Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales.

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados.

III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal”.

“Artículo 102.- Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, a petición de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o acto que lo motivare”.

Esto era una ficción, realmente no era la intención del artículo 14 de la Constitución anterior. Entonces, se observó que muchos de los asuntos que venían en Amparo eran problemas de casación, problemas de legalidad y no de constitucionalidad. El Amparo mexicano actualmente es la culminación de todos los aspectos procesales del país. Digamos que combina la casación con materia de Amparo estrictamente, y la Inconstitucionalidad de las Leyes también está aquí, inclusive, el *Habeas Corpus*. Nosotros, por lo tanto, no distinguimos *Habeas Corpus* de Amparo. El *Habeas Corpus* es una parte del Amparo, con el Amparo tenemos *Habeas Corpus*, Casación, Inconstitucionalidad de las Leyes, protección de los derechos fundamentales. Inclusive, un aspecto que se incorporó en los años sesenta fue sobre ciertos privilegios a los campesinos que estaban sujetos a la Reforma Agraria. Se colige que el Amparo es una institución muy amplia que abarca todo el sistema procesal mexicano, incluyendo problemas de legalidad y de constitucionalidad. Pero, lo que ha trascendido en América Latina, inclusive en los textos internacionales ha sido el Amparo en su sentido clásico, que no es el Amparo que nosotros tenemos actualmente; es decir, solamente la protección de los derechos fundamentales. Inclusive, la mayoría de los países distinguen el *Habeas Corpus* para proteger la libertad individual y la integridad física, por una parte; y, de otro lado, el Amparo propiamente dicho para proteger todos los demás derechos.²⁴ Esto es lo que ha trascendido. Mas no el Amparo tal como nosotros lo concebimos en México. Esa ha sido la idea histórica del Amparo.²⁵

IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

10. *En su opinión, ¿Qué grado de importancia reviste la investigación jurídica?*²⁶

Una importancia muy significativa. Personalmente, ha sido una vocación, empecé a centrarme en ella con la ventaja de estar al lado de un investigador excepcional como fue NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Pues, ha significado plantearme nuevos problemas y tratar de resolverlos, buscar actualizar nuestro ordenamiento jurídico, encontrar soluciones y sobre todo, cuando yo ingresé al Instituto, que anteriormente se llamaba “Instituto de Derecho Comparado”. En 1966 fue necesario hacer una modificación para unificar todos los demás Institutos, y ponerle el nombre genérico de “Instituto de Investigaciones Jurídicas”, pero yo me inicié en el recordado “Instituto de Derecho Comparado”.

24 En vía de ejemplo, Perú, Constitución de 1979:

“Artículo 295.- La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la Acción de Habeas Corpus.

La Acción de Amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona”.

25 *Vid.* JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ: “Antecedentes del Amparo en México”, Revista Ius et Praxis, N° 14, Diciembre, Lima, 1989, pp. 61-82.

26 *Cfr.* HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: “Ensayos sobre metodología, enseñanza e investigación jurídicas”, UNAM, México, D.F., 1981; 2da. edición, Editorial Porrúa, 1984, con el nombre de: “Metodología de la docencia y la investigación jurídicas”.

El Derecho Comparado ha sido un aspecto muy importante, para los estudiosos. Se ha llegado al convencimiento pleno de que los estudios jurídicos arrojan una mayor luz en la comprensión no sólo del Derecho de otros países sino del propio Derecho nuestro. Los comparatistas han repetido mucho que el Derecho Comparado no es sólo conocer otros sistemas sino todo lo que el conocimiento comprende y por la referencia que se hace al Derecho propio, y nos da una perspectiva de contraste.²⁷

11. *¿El investigador nace o se hace?*

Yo diría que es una combinación de ambos aspectos. Es decir, es el resultado de una vocación, digamos un interés, un deseo de utilizar no solamente el Derecho que tenemos, sino tratar de perfeccionarlo.

Además, ver cuáles son los problemas que van surgiendo y qué medios debemos utilizar para solucionarlos. Responde a un deseo de dedicarse íntegramente a esas actividades. Como, por ejemplo, a otras personas les interesa más la aplicación del Derecho en los tribunales, o en la función judicial, o en el Ministerio Público, en fin. En consecuencia, es realmente una vocación que está orientada a la función judicial que sigo todavía apreciando, y ahora la tengo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. He vuelto otra vez a tratar la idea de la jurisdicción que me interesa no sólo por la práctica que tuve sino también como materia de estudio. Muchos de los estudios que he abordado son problemas de carácter judicial.

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

12. *A propósito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿Cuál es su función y actual significado a nivel de América?*²⁸

En realidad, la Corte Interamericana es relativamente reciente, un poco se inspira -digo un poco porque no es en su totalidad- en el modelo europeo. En Europa surgió más antes, des-

²⁷ Vid. los diversos “Estudios en Homenaje al Doctor HÉCTOR FIX-ZAMUDIO”, *cit.*, nota 4, T.II (Derecho Comparado).

²⁸ Vid. THOMAS BURGENTHAL-ROBERT NORRIS-DINAH SHELTON: “La protección internacional de los Derechos Humanos en las Américas”, Editorial Juricentro, S.A., San José, 1983; AA.VV.: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, ¿1985?; HUGO PEREIRA ANABALÓN: “La protección de los Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile, 1990. Una visión panorámica del tema se ofrece en KAREL VASAK (Editor general): “Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos”, vols. I, II, III, Serbal/UNESCO, Barcelona, 1984. A nivel de documentos, es de utilísima consulta el libro de DANIEL ZOVATTO G. (Compilador): “Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Recopilación de Instrumentos Básicos”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1987. El Dr. FIX-ZAMUDIO, merced a su proficua labor en la enseñanza y promoción de los Derechos Humanos recibió el Premio Internacional conferido por la UNESCO sobre enseñanza de los Derechos Humanos en París, el 10 de diciembre de 1986.

de 1953, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al lado de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que forman ambos, a su vez, parte del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950.

En América ha sido distinto. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos nació no al mismo tiempo sino mucho más antes. El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos ha ido poco a poco fortaleciéndose, de un organismo de simple estudio o de promoción a un organismo de defensa de los Derechos Humanos con resolución de quejas individuales y colectivas. En 1980, empezó prácticamente a funcionar la Corte Interamericana, lleva poco tiempo, por eso es que todavía no se ha consolidado plenamente. Ahora bien, la principal función que ha tenido la Corte han sido las opiniones consultivas.²⁹ Ello, porque en América es más difícil que en Europa que ya tiene una integración mucho más avanzada, pues comprende la idea de que las personas pueden demandar a sus propios Estados ante los organismos internacionales, y eso es aún difícil en nuestra región. De ahí que ha sido muy prudente y paulatino el funcionamiento de la Corte Interamericana, cuya principal función, recalco, ha sido emitir las opiniones consultivas, porque la Convención de San José le dio mucha más importancia. En Europa son muy limitadas, el Tribunal Europeo la tiene desde hace poco tiempo, y sobre temas muy limitados. En el Sistema Interamericano la consulta es muy amplia porque pueden ser no solamente los gobiernos, que son parte de la Convención de San José, los que consultan, sino, también, los organismos de la OEA, o de la Comisión Interamericana los que pueden solicitar la interpretación de la Convención de San José sobre cualquier otro Tratado que tenga aplicación en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos; aunque no sea Tratado específicamente sobre Derechos Humanos. Entonces, es algo muy amplio, y has-

29 Las Opiniones Consultivas son las siguientes:

Corte I.D.H.: "Otros Tratados objeto de la función consultiva de la Corte. (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982.

Corte I.D.H.: "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Arts. 74 y 75)". OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982.

Corte I.D.H.: "Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983.

Corte I.D.H.: "Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización" OC-4/84 del 19 de enero de 1984.

Corte I.D.H.: "La colegiación obligatoria de periodistas. (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Corte I.D.H.: "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". OC-6/86 del 9 de mayo de 1986.

Corte I.D.H.: "Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta. (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

Corte I.D.H.: "El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías. (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)" OC-8/87 del 30 de enero de 1987.

Corte I.D.H.: "Garantías judiciales en estados de emergencia. (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)". OC-9/87 del 6 de octubre de 1987.

Corte I.D.H.: "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". OC-10/89 del 14 de julio de 1989.

ta ahora hay diez consultas, y algunas por cierto muy importantes que han sentado bases en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de América Latina, que no es exactamente igual al de Europa. Los problemas y los aspectos son distintos, aun cuando coinciden en algo. Hay problemas en América que no se plantean en Europa y viceversa. Y luego, hemos tenido pocos “casos” porque no ha sido fácil.³⁰

La Comisión ha trabajado sola durante muchos años. Y coordinar con la Corte no es del todo fácil. Además, la Comisión está en Washington, nosotros estamos en San José. Al menos, ya se han presentado los primeros casos. Contra el gobierno de Honduras ha sido un caso muy delicado sobre la desaparición de personas donde las pruebas son muy difíciles de obtener. Hubo que hacer una investigación y le cupo a la Comisión una tarea activa porque fue la que presentó el caso, y hubo testigos y una serie de pruebas. Nosotros pedimos algunas de oficio. En fin, ese asunto se resolvió condenando a dos y absolviendo a uno, porque las pruebas no apoyaron una situación similar. Fueron sobre casos de desaparición de personas. Es muy importante porque ha sentado una serie de principios sobre el problema de desaparición de personas que es tan delicado en América Latina. No tanto en Europa. Allá son otros los problemas, y se han innovado una serie de principios que antes no existían, en una serie de obligaciones de los Estados que no se planteaban antes porque no se resolvían, inclusive ni por la Corte Internacional de La Haya, ni por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es decir, se nota una clara innovación en este aspecto. Y hoy en día estamos con la idea de tratar de coordinar más con la Comisión para tener ya una situación de avance. Podemos afirmar que ahora estamos en el momento de consolidar la Corte Interamericana. La Comisión Interamericana ya está muy bien conformada. Se celebró en Washington, el año pasado, los 30 años de su funcionamiento. A propósito, me toca asumir la Presidencia de la Corte a partir del primero de marzo del presente año, por la renuncia del Doctor HÉCTOR GROS ESPIELL que nos va hacer mucha falta, por cuanto es un juez extraordinario.

EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

13. *¿Cuál es la labor que cumple el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional?*

El Instituto Iberoamericano no es realmente un Instituto, en el sentido orgánico, que tenga un personal permanente. Más bien es una especie de coordinación, una asociación de carác-

30 Los Casos son los siguientes:

Corte I.D.H.: “Asunto Viviana Gallardo y otras”. Resolución del 13 de noviembre de 1981.

Corte I.D.H.: “Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares”. Sentencia del 26 de junio de 1987.

Corte I.D.H.: “Caso Godínez Cruz. Excepciones preliminares”. Sentencia del 26 de junio de 1987.

Corte I.D.H.: “Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares”. Sentencia del 26 de junio de 1987.

Corte I.D.H.: “Caso Velásquez Rodríguez”. Sentencia del 29 de julio de 1988.

Corte I.D.H.: “Caso Godínez Cruz”. Sentencia del 20 de enero de 1989.

ter académico y científico, fundado por distintos constitucionalistas, curiosamente en 1974 en la Ciudad de Buenos Aires, que estábamos en actividad académica.³¹ Los constitucionalistas de América Latina en general nos percatamos que nos encontrábamos muy aislados y que era conveniente organizarnos, para lo cual existían precedentes del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal del cual fue un gran impulsor NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, que ya había realizado varias actividades académicas. Y en una forma no igual, pero similar, pensamos en hacer un Instituto que simplemente promoviera y coordinara las actividades aquí desde México, donde tenemos la posibilidad de contar con el apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, con los diversos países de la región donde exista una Sección.

En algunos países ha sido posible, en otros no, la idea es que en cada país exista una serie de personas interesadas en los problemas constitucionales, que realicen actividades académicas y coordinen simplemente con nosotros. El Instituto no es un organismo con personal especializado, sino simplemente una oficina de coordinación para planear y organizar actividades. Y nuestra idea ha sido la de editar un Boletín Informativo,³² pero es muy difícil y complicado. Sin embargo, con el tiempo pensamos tener una información más ágil porque así se realizan varias actividades. Hasta la fecha se han llevado a cabo cuatro congresos en México, y otros no generales en países como Colombia, España, Perú,³³ Argentina, que han realizado congresos locales, con la presencia de invitados extranjeros. Yo creo que es una iniciativa benéfica.

Corte I.D.H.: “Caso Fairén Garbí y Solís Corrales”. Sentencia del 15 de marzo de 1989.

Corte I.D.H.: “Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria”. Sentencia del 21 de julio de 1989.

Corte I.D.H.: “Caso Godínez Cruz. Indemnización compensatoria”. Sentencia del 21 de julio de 1989.

31 Efectivamente, fue el 22 de marzo de 1974, en la ciudad de Buenos Aires donde se reunieron los miembros fundadores y elaboraron los Estatutos. Ellos son MANUEL BARQUÍN, GERMAN BIDART CAMPOS, JORGE CARPISO, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, PEDRO JOSÉ FRÍAS, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA, MANUEL GARCÍA PELAYO, MARIO JUSTO LÓPEZ, ALBERTO MENESES-DIREITO, LUIZ PINTO FERREIRA, HUMBERTO QUIROGA LAVIE, LUIS CARLOS SÁCHICA, ROLANDO TAMAYO, DIEGO VALADÉS, JORGE R. VANOSSI y ENRIQUE VESCOVI. Los fines del Instituto son: a) Fomentar el estudio del Derecho Constitucional y de las Instituciones Políticas; b) Facilitar el conocimiento de la legislación, doctrina y jurisprudencia constitucionales de los países iberoamericanos, mediante la organización de un servicio informativo; c) Incrementar la enseñanza del Derecho Constitucional en las Universidades y demás centros docentes y de investigación; d) Organizar cursos, seminarios, conferencias, debates, congresos y otras reuniones sobre Derecho Constitucional; e) Contribuir a la comunicación y solidaridad entre sus miembros; f) Establecer relaciones con editoriales especializadas, así como con otras instituciones; g) Promover la publicación de libros, revistas y boletines informativos sobre legislación, doctrina y jurisprudencia; h) Editar los trabajos presentados a los congresos y reuniones que organice; y i) Establecer un centro de documentación.

32 Recibimos personalmente de manos del Dr. FIX-ZAMUDIO el acariciado Boletín informativo, Año I, N° 1, Julio-Diciembre, México, D.F., 1989. Al respecto, dice el Dr. FIX-ZAMUDIO en la Presentación: “... consideramos que este Boletín Informativo significa un pequeño avance, puesto que servirá de lazo de unión y de comunicación permanente entre los constitucionalistas de Iberoamérica, de manera que podemos estar al día de los principales acontecimientos constitucionales, que ahora son numerosos y frecuentes”. (pp. 10). En la sección comentarios del Boletín aparece el estudio del Dr. DOMINGO GARCÍA BELAUNDE: “Tres años de jurisprudencia constitucional peruana” (pp. 15-20).

33 El Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional se realizó en 1987, el Segundo en 1990, ambos en Lima; y el Tercer Congreso se llevará a cabo en la Ciudad de Arequipa, en agosto de 1991.

Los congresos se realizaron en México porque hubo oportunidad de hacerlos allí. El primero fue en 1975, el segundo en 1980, el tercero en 1985, no porque lo hallamos planeado así, pero han sido cada cinco años. El último fue en Madrid, en 1988, porque se presentó la oportunidad. Está planeándose uno en Brasil con motivo de la nueva Constitución brasileña de 1988. Y esa idea ha sido muy importante porque muchos de los que han participado en los eventos, tanto en los congresos generales como locales después fueron los que influenciaron en las nuevas constituciones que se expidieron. Cuando nos reunimos, en 1974, el panorama era bastante difícil en casi toda América Latina. Ahora las cosas han cambiado, aunque los problemas económicos se han acentuado, pero los problemas políticos, digo las dictaduras militares, están en retirada, y la última es precisamente la de Chile.

14. *Finalmente, ¿Algún libro en preparación?*

Sí, lo tengo, pero mi problema es el tiempo. Mi participación en congresos y actividades no me dan tiempo de terminarlo. Pero estoy trabajando desde hace años un libro sobre la defensa de la Constitución, con motivo de un coloquio que hubo en México años atrás. Desafortunadamente, no he podido acabarlo, pero lo tengo avanzado. Digo un concepto de “Defensa de la Constitución” para desarrollar una serie de ideas modernas sobre cuáles son los instrumentos que las mismas constituciones establecen cada vez más complejas para lograr que se cumplan las normas constitucionales que son las más difíciles. Se ha avanzado mucho en este tiempo y para recoger esa experiencia debe de aplicarse toda una serie de métodos. Tengo un trabajo que se llama “La Constitución y su defensa” que lo presenté como ponencia en 1977 en un congreso que hubo en México. La idea es dar un panorama general no sólo de los aspectos procesales sino también de los aspectos instrumentales como, por ejemplo, la división de poderes, la regulación de los recursos económicos, los partidos políticos. Todo se va coordinando para lograr que funcionen los órganos constitucionales y, luego, la solución de los conflictos.

THE APPLICATION OF INTERNATIONAL PRINCIPLES OF STATE RESPONSIBILITY BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Jo M. Pasqualucci^(*)

SUMMARY. I. INTRODUCTION; II. INTERNATIONALLY RECOGNIZED BASES OF STATE RESPONSIBILITY; A. Violations Committed by Agents of the State Including Agents of Territorial Governments; B. Violations Committed by Non Governmental Groups Or Individuals Empowered by the State; C. *Ultra Vires* Acts of State Agents or Those Empowered by the State; D. Failing to Investigate and Punish Violations by Persons Not Acting on Behalf of the State; E. No Attribution of State Responsibility For Violations Committed by Groups Rebelling Against the Government Unless the Group is Successful; III. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION

Many of the principles of attribution of state responsibility for violations of international law are well established and have been codified by the United Nations International Law Commission.¹ The American Convention, as interpreted by the Inter-American Court, establishes broad bases of State responsibility which are in keeping with those codified principles of

^(*) Associate Professor of Law, University of South Dakota.

¹ The International Law Commission conducted an in-depth study of data from State practice and international judicial and arbitral decisions and codified it in the Draft Articles on State Responsibility. THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION'S DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, PART 1, ARTICLES 1-35, 61 (Rosenne ed. 1991) [hereinafter "DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY"].

international law. States in the Inter-American human rights system are increasingly acknowledging these principles and accepting responsibility for actions which are in violation in international law.² However, the failure of States to consistently recognize their international responsibility, even when the facts are not in question, is resulting in the needless prolongation of cases before human rights commissions and courts. In the Inter-American system States often deny responsibility before the Inter-American Commission on Human Rights, only later to acknowledge international legal responsibility before the Inter-American Court. Several cases have been brought before the Inter-American system which test most, if not all, of the codified principles. These cases exhibit some of the more complex and difficult issues in the attribution of State responsibility for human rights violations, and are excellent examples of the ILC codified rules. The purpose of this article is to clarify those instances when a State is or is not responsible for violations of international law, and to thereby assist States in identifying those instances when they should accept responsibility for a violation of international human rights law.

II. INTERNATIONALLY RECOGNIZED BASES OF STATE RESPONSIBILITY

Under international law a State is responsible for any violation of its international obligations that is committed by agents of the state, whether they be federal agents or territorial agents. Moreover, if the State empowers non governmental groups or individuals to act for the State, any violations committed by them are attributed to the State. The state may also be responsible for failing to investigate and punish violations by persons not acting on behalf of the state. There is, however, no attribution of state responsibility for violations committed by groups rebelling against the government unless the group is successful.³

Article 1(1) of the American Convention on Human Rights⁴ provides the basis for State responsibility in the Inter-American system.⁵ In general, Article 1 requires that the States Parties to the Convention both respect and ensure the exercise of the rights and freedoms rec-

2 A State can incur international obligations under customary international law or through the ratification of a treaty. Initially a State's treatment of its nationals was not a subject of international law. However, the passage of the Declaration on the Rights and Duties of Man, and the ratification of the UN Charter which includes general provisions on human rights, and the UN Covenants on Civil and Political Rights and Economic, Social, and Cultural Rights as well as regional human rights instruments, makes most states internationally liable for human rights violations.

3 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, PART 1, ARTICLES 1-35, *supra* note 1 at 61.

4 American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, OEA/ser.K/KVI/1.1/Doc. 65 (English) Rev. 1. Corr. 2 (1970) (entered into force July 18, 1978) [hereinafter "Convention" or "American Convention"].

5 In the Velásquez Rodríguez Case, the Court clarified that, "Article 1(1) is essential in determining whether a violation of the human rights recognized by the Convention can be imputed to a State Party." Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 164 (1988).

6 Article 1(1) reads, "The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and free-

ognized by the Convention to all persons subject to their jurisdiction.⁶ The Inter-American Court specifically recognized the role of international law in stating that any impairment of the rights recognized by the Convention “which can be attributed under the rules of international law to the action or omission of any public authority constitutes an act imputable to the State, which assumes responsibility in the terms provided by the Convention.”⁷ The case law of the Court evidences other principles of state responsibility applicable within the Inter-American system. These principles are also those found in the International Law Commissions Draft Articles on State Responsibility.⁸

A. *Violations Committed by Agents of the State Including Agents of Territorial Governments*

When a State official or public entity violates a right protected under international law, the violation constitutes a failure of the State’s duty to respect the rights and freedoms to which it has committed.⁹ The governmental position or status of the offending party does not affect the issue of imputability.¹⁰ The official who commits the violation may belong to any branch of government and may hold a high level or subordinate position.¹¹ The Court specified that “any exercise of public power that violates the rights recognized by the Convention is illegal.”¹² In the *Aloeboetoe et al Case* against Suriname, Surinamese soldiers murdered seven men of a rural tribe.¹³ Fifty eye witnesses saw the soldiers beating the victims and taking them away,¹⁴ and one of the victims lived long enough to describe the murders at the hands of the

doms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.” American Convention, *supra* note 4.

7 Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 164 (1988).

Under international law, in general, and the Inter-American human rights system in particular, the individual alleging a violation of human rights, must first exhaust domestic remedies before bringing a case before an international body. American Convention, *supra* note 4, art. 46(1)(a). This principle is also applicable under the Law of International Responsibility of States for Injuries to Aliens. See Louis Sohn and R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 AM. J. INT’L L 545, 546 (1961).

8 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, PART 1, ARTICLES 1-35, *supra* note 1, at 61.

9 Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 169 (1988).

10 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, art 6.

11 *Id.* art. 7.

12 Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 169 (1988).

13 Aloeboetoe Case (Merits), I.-A. Ct. H.R., Judgment of December 4, 1991, Ser. C., No. 11, para. 11-14 (1991).

14 *Id.* para. 11.

15 *Id.* para. 15.

soldiers.¹⁵ Initially before the Inter-American Commission, the State denied responsibility. Subsequently, however, confronted by overwhelming evidence before the Inter-American Court, the Republic of Suriname accepted international responsibility for the violation committed by its agents.¹⁶ Likewise, in the *El Amparo Case*, members of special military of Venezuela, murdered fourteen Venezuelan fisherman.¹⁷ Two fishermen, who witnessed the massacre, escaped and described the massacre.¹⁸ Although Venezuela initially disputed liability, when the case was referred to the Court, Venezuela accepted international responsibility for the violation of the right to life of the victims.¹⁹

A violation of international law resulting from the conduct of an organ or official of a territorial government is also attributable to the State.²⁰ Thus, in a federal society, such as the United States of America, Argentina, and Canada, the federal government is also responsible on the international plane for violations committed by officials of an individual state or territory.²¹ In the *Garrido and Baigorria Case* against Argentina, the police of the Argentine province of Mendoza detained and disappeared two Argentine citizens.²² According to eye witnesses,

16 *Id.* para 22. Also, in the *Gangaram Panday Case* it was also undisputed that Surinamese Military Police incarcerated the victim. The Court inferred that the detention was illegal, and, therefore, found that the State incurred international responsibility for the violation of the right to personal liberty as set forth in Art. 7(2) of the Convention. *Gangaram Panday Case*, Judgment of January 21, 1994, Ser. C No. 16 paras. 5, 68.

17 *El Amparo Case against Venezuela (Merits)*, I.-A. Ct. H.R., Judgment of January 18, 1995, Ser. C. No. 19, para.10. (1995).

18 *Id.*

19 *Id.* para. 19.

20 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, art. 7(1) reads, “[t]he conduct of an organ of a territorial governmental entity within a State shall also be considered as an act of that State under international law, provided that organ was acting in that capacity in the case in question.”

21 A State can not rely on a federal clause in an international treaty to avoid attribution of a human rights violation, especially if that violation contravenes the laws of all the constituent governing units of the State. A federal clause in an international treaty allows a state, such as the US which is composed of internal governing units that have responsibility to promulgate laws in certain fields, to implement all the provisions of the treaty possible on the federal level and to take suitable measures to assure that the competent authorities of the states or provinces adopt the provisions necessary to fulfil the treaty.

A federal clause is concerned with the authority to pass laws making certain actions illegal so as to comply with the State’s international obligations. It does not affect the State’s responsibility should it default on those obligations. A State may violate international law even when it is not in violation of its domestic law. When a State ratifies a treaty, it is thereby bound internationally. If it fails to pass the requisite legislation to comply with that treaty it is in violation of international law. A federal clause is an attempt by the State to mitigate that responsibility to some extent. The State commits on a national level to pass all the legislation within its authority. If the subject matter is not within its authority, but falls rather to the authority of the internal province or state, the national government commits to use its best efforts to see that the constituent governments comply. When the human rights violation in question, is of a right protected by all the constituent governments as is illegal detention, inhumane treatment and murder, there is no question but that the State itself is liable for the violation even when it is committed by an official of a territorial government and the State is liable to make reparations to the injured party.

22 *Garrido and Baigorria Case, (Preliminary Objections)*, I.-A. Court H.R. Judgment of February 2, 1996, Ser. C. No. 26 (1996).

23 *Id.* para. 10. The police were in two official vehicles, and the automobile of the men who were disappeared was found at a police facility. *Id.* paras. 10 and 12.

Adolfo Argentino Garrido Calderón and Raúl Baigorria Balmaceda were detained by at least four uniformed Mendocine police officers near the city's central park.²³ Garrido and Baigorria remain disappeared after five years. The Government of Argentina, although initially questioning its responsibility for the acts of provincial government agents, ultimately accepted international responsibility for the human rights violations under the American Convention.²⁴

B. *Violations Committed by Non Governmental Groups Or Individuals Empowered by the State*

When a State empowers a group to exercise governmental authority, the State is responsible for any violations of international law committed in that capacity, even though the group is not part of the formal structure of the State.²⁵ The Government of Guatemala, for instance, established Civil Defense Patrols in 1982 for the stated purpose of protecting highland villages from guerrillas.²⁶ The Civil Patrols are made up of the civilian males from the villages. These patrols have been accused of various human rights violations. In 1990, members of civil patrols in the highlands of Guatemala allegedly murdered several members of a local human rights monitoring group. Even the two judges who issued arrest warrants received death threats and were forced into hiding.²⁷ It is also established before the Inter-American Court that in 1989 members of a highland civil patrol violated the rights of Nicholas Blake, an American citizen, who disappeared.²⁸ Guatemala was held internationally responsible for the human rights violations committed by the civil patrols, since the State empowered the patrols to exercise governmental authority.²⁹

Furthermore, the State can not avoid international responsibility by empowering individual non-governmental agents to commit human rights violations.³⁰ "Where a private legal person has been empowered to exercise such authority, and is acting in the exercise of that authority, his conduct will therefore be attributable to the State."³¹ In certain States of the Inter-American system death squads have reportedly operated under the auspices of the government.

24 *Id.* para. 24.

25 "The conduct of an organ of an entity which is not part of the formal structure of the State...but which is empowered by the internal law of that State to exercise elements of the governmental authority, shall also be considered as an act of the State under international law." DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, art. 7(2)

26 Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 446, OEA/ser.L/V/II.79, doc.12 rev.1 (1990-91).

27 As precautionary measures, the Commission requested that Guatemala protect the lives and personal safety of those threatened and also arrest the civil patrol leaders for whom arrest warrants had already been issued. The Court also ordered the Government of Guatemala to take provisional measures. As *Chunima* was not a contentious case before the Court, the State attribution was not an issue. *Chunimá Case (Provisional Measures)*.

28 *Blake Case, (Provisional Measures)(Order of the President)*, I.-A. Court H.R. Order of August 16, 1995, para. 3.

29 *Blake Case, (Merits)*, I.A. Ct. H.R., January, 1998.

30 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, art. 8.

31 *Id.* at 114 (commentary to art. 11).

The names of the members of the death squads are concealed. Although those comprising the death squads may in some instances be private individuals, if they have been empowered by the Government, the State is internationally responsible for their actions. In the Velásquez Rodríguez Case against Honduras, a student leader was kidnapped by armed men in civilian clothes who drove an unmarked car without license plates.³² Evidence was presented to show that the modus operandi of his kidnappers was that used by the government directed death squad.³³ The Court found that “[p]ersons connected with the Armed Forces or under its direction” kidnapped Velásquez Rodríguez.³⁴ It, therefore, attributed the violation to Honduras.³⁵

C. *Ultra Vires Acts of State Agents or Those Empowered by the State*

Even when the human rights violations of government agents or those empowered to exercise government authority are *ultra vires*, the violation is attributable to the State.³⁶ The Inter-American Court clarified that “a State is responsible for the acts of its agents undertaken in their official capacity and for their omissions, even when those agents act outside the sphere of their authority or violate internal law.”³⁷ Although the government officials may have exceeded their competence under internal law or contravened the instructions they were given, the State is still liable internationally for their actions.³⁸ The International Law Commission specified that “[t]here is no exception to this rule even in the case of manifest incompetence of the organ perpetrating the conduct complained of, and even if other organs of the State have disowned the conduct of the offending organ.”³⁹

The Inter-American Court, in accordance with this principle, stated, “[i]f acts of public power that exceed the State’s authority or are illegal under its own laws were not considered to compromise that State’s obligations under the treaty, the system of protection provided for in the Convention would be illusory.”⁴⁰ In the *Caballero Santana Case* involving the disappear-

32 Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 147 (1988).

33 *Id.*

34 *Id.* at para. 147(f). Emphasis not in the original.

35 *Id.* at resolution 2.

36 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, art. 10 and commentary at pg 61.

37 Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 170 (1988).

38 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, art. 10 Attribution to the State of conduct of organs acting outside their competence or contrary to instructions concerning their activity.

The conduct of an organ of a State, of a territorial governmental entity or of an entity empowered to exercise elements of the governmental authority, such organ having acted in that capacity, shall be considered as an act of the State under international law even if, in the particular case, the organ exceeded its competence according to internal law or contravened instructions concerning its activity. *Id.* at 61.

39 *Id.* at 61.

40 *See* Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 171 (1988).

41 Caballero Delgado and Santana Case (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of December 8, 1995, Ser. C., No. 17, res. 1 (1995).

ance of two members of the M-19 rebel group, the Inter-American Court attributed State responsibility to Colombia.⁴¹ Two Colombian army officers directing a group of soldiers and civilian paramilitaries, were found to have illegally detained and disappeared the victims.⁴² Witnesses for the Commission testified that the soldiers wore military uniforms and called the military base for orders.⁴³ Government witnesses, however, testified that if the officers were involved, their actions were *ultra vires* and were not authorized by the military base.⁴⁴ The Court in attributing responsibility to Columbia did not make a finding as to whether the soldiers actions were *ultra vires* or taken under orders from their superiors. In accordance with international law, the State is responsible in either case.⁴⁵

If, however, the government officials act in a purely personal capacity, that act is treated as the act of any private individual and is not attributable to the State. "Only the actions of the human being constituting the organs in question, performed in their capacity as private individuals, are not regarded as acts of the State capable, as such, of incurring its international responsibility."⁴⁶ These acts must "relate to their private life and have no connection with the machinery of the State."⁴⁷

The line between the *ultra vires* acts of a state official taken within his official capacity and his acts as a private individual is not always clear. The dissenting judge in the *Caballero Delgado and Santana Case* claimed that the actions of the Army officers should not be attributed to the State because the commanding officer had mental problems and had been treated for paranoia, and some of the soldiers had been charged with other crimes such as common robbery.⁴⁸ Judge Nieto opined that such acts should be attributed solely to the individuals and not

42 *Id.* para. 54.

43 *Id.* para. 48.

44 *Id.* Other witnesses testified that the soldiers were in contact with the military base and received their orders from the base.

45 *Id.* para. 53. It should be noted, however, that if the *ultra vires* act was "subsequently approved or endorsed by other organs possessing the authority to redress the initial wrong" it is no longer an *ultra vires* act. DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 10, (Commentary) at 61.

46 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, Commentary at 61. "An example of a situation in which the action of an organ of the State can not be attributable to the State, because it was an act in his personal capacity would be if a police officer killed his wife in the course of a domestic dispute. This would be true even had he used his service revolver to shoot her." The ILC clarified that "...such actions are never attributable to the State even if their perpetrators have used, in the case in question, the means-including weapons-placed at their disposal by the State for the exercise of their functions." *Id.* However, had the police officer while utilizing the power of his position to enter the home of a stranger, then killed a woman, the State would be liable for the violation of the human rights of the person who was murdered.

47 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, Commentary to Art. 11, at 115.

48 *Caballero Delgado and Santana Case* (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of December 8, 1995, Ser. C., No. 17, dissent of Judge Nieto Navia (1995).

49 *Id.* Judge Nieto did admit, however, that under traditional rules of international law, the violations are attributable to the State.

50 *Velásquez Rodríguez Case*, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4,

to the State Party.⁴⁹ The dissent ignored the Inter-American Court's earlier statement in *Velásquez* that "[v]iolations of the Convention cannot be founded upon rules that take psychological factors into account in establishing individual culpability."⁵⁰ "The motivation of the state agent who violates the rights recognized by the American Convention is irrelevant for the purposes of the analysis of state responsibility."⁵¹ The Court correctly summarized the responsibility of State Parties for the actions of those which it empowers as follows: "[I]n principle, any violation of rights recognized by the Convention carried out by an act of public authority or by persons who use their position of authority is imputable to the State."⁵²

D. *Failing to Investigate and Punish Violations by Persons Not Acting on Behalf of the State*

Normally, violations committed by individuals are not considered to be an act of that State under international law,⁵³ provided that they were not undertaken either *de jure* or *de facto* on behalf of the State.⁵⁴ The State can, however incur international responsibility on other grounds for the acts of natural persons.⁵⁵ As explained by the Inter-American Court:

An illegal act which violated human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention.⁵⁶

This principle is also in keeping with long-held rules of state responsibility for injury to aliens. A state may fail to comply with its duties under international law by its failure to prevent injuries, to provide remedies, or, in criminal cases, to investigate the crime promptly or to capture, prosecute, and adequately punish the guilty parties.⁵⁷ Also, the State may be liable if it had or should have had knowledge that a crime could take place, if the State failed to take proper

para. 173 (1988).

51 *Id.*

52 *Id.* para. 172.

53 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, art. 11 at 70 (Conduct of persons not acting on behalf of the State). "The acts of private persons or of persons acting, in the case under consideration, in a private capacity are in no circumstances attributable to the State. It is irrelevant for this purpose whether there is, between the person acting and the State, a link other than those referred to in articles 7 and 8: for example, if the person has the nationality of the State in question or has acted on the territory of that State. It is also irrelevant whether the person acts alone or in a group, in a normal situation or on the occasion of popular unrest, demonstrations, riots or disturbances in general, in time of peace or war, etc." *Id.* at 115 (Commentary to art. 11).

54 *Id.* at 70.

55 *Id.* at 71 commentary to art. 11.

56 *Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 172 (1988).*

57 WHITEMAN, 1 DAMAGES IN INTERNATIONAL LAW, *supra* note 4, 24.

58 *See Janet M. Baldwin (United States v. Mexico), 1888 For. Rel., pt. II, at 1087. See WHITEMAN, 1 DAMAGES IN INTERNATIONAL LAW, supra note 4, at 24-27 (for a discussion of several relevant cases).*

precautions to prevent it or subsequently to investigate the crime or to punish the person committing it.⁵⁸ In such a case, the state failed in its duty and may be held responsible under the American Convention and international law in general, for both the initial violation and the denial of justice.”⁵⁹

In accordance with this principle, the Inter-American Court explained that “[t]he State has a legal duty to take reasonable steps to prevent human rights violations and to use the means at its disposal to carry out a serious investigation of violations committed within its jurisdiction, to identify those responsible, to impose the appropriate punishment and to ensure the victim adequate compensation.”⁶⁰ “This duty to prevent includes all those means of a legal, political, administrative, and cultural nature that promote the protection of human rights and ensure that any violations are considered and treated as illegal acts, which, as such, may lead to the punishment of those responsible and the obligation to indemnify the victims for damages.”⁶¹ If, however, the State provides the injured party with an adequate means of redressing the wrong which was committed by a private individual, there is no violation of international law.⁶²

The decisive issue “is whether a violation of the rights recognized by the Convention has occurred with the support or the acquiescence of the government, or whether the State has allowed the act to take place without taking measures to prevent it or to punish those responsible.”⁶³ In Nicaragua, Dr. Arnoldo Alemán Lacayo, a candidate for the presidency, was injured during an attack by armed men while he was on a campaign tour.⁶⁴ The events took place in an area of the country where “groups of heavily armed delinquents,” who have ties with ex-members of the Sandanista army and the U.S. backed Contras, operate.⁶⁵ The Government of Nicaragua did not apparently have control over those who attacked the presidential candidate. The Government did, however, have a duty to attempt to prevent such attacks, to investigate the crime, and to punish those responsible or it could bear international responsibility.⁶⁶

59 WHITEMAN, 1 DAMAGES IN INTERNATIONAL LAW, *supra* note 4 at 13.

60 Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 174 (1988); The Court further stated that “the violation can be established even if the identity of the individual perpetrator is unknown.” *Id.* para. 173; *See generally* Naomi Roht-Arriaza, Comment, *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, 78 Cal. L. Rev. 449 (1990).

61 Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 175 (1988).

62 WHITEMAN, 1 DAMAGES IN INTERNATIONAL LAW, *supra* note 4 at 14.

63 Velásquez Rodríguez Case, (Merits), I.-A. Court H.R., Judgment of July 29, 1988, Ser. C, No. 4, para. 173 (1988).

64 Order of the Inter-American Court of Human Rights of February 2, 1996, (Provisional Measures), Alemán Lacayo Case with respect to Nicaragua.

65 *Id.* para. 3.

66 *Id.* at operative para. 6. “The Government has the obligation to prevent violations of human rights and to investigate the events that led to this request for provisional measures so as to identify those responsible and to sanction them appropriately to avoid the repetition of such acts.” *Id.* *See* Jo M. Pasqualucci, *Victim Reparations in the Inter-American Human Rights System: A Critical Assessment of Current Practice and Procedure*, 18 Mich. J. Int’l L 1 (1996).

Moreover, a Government must not interfere in the investigation of human rights violations or obstruct justice in any way. In another case involving Nicaragua, the Genie Lacayo Case, the Commission claimed that the State was responsible for the obstruction of justice.⁶⁷ Nicaragua had not yet accepted the contentious jurisdiction of the Inter-American Court at the time that Government soldiers allegedly shot a sixteen year old boy who attempted to pass their caravan of vehicles on the highway.⁶⁸ Therefore, the Court did not have jurisdiction to adjudicate the issue of State responsibility for the violation of the boy's right to life.⁶⁹ Shortly thereafter, however, Nicaragua did accept the jurisdiction of the Court.⁷⁰ Subsequent to that time, the State was allegedly involved in the obstruction of justice in the *Genie Lacayo Case*, in that Government agents allegedly murdered the prosecutor who was investigating the crime and destroyed the evidence.⁷¹ The Court held that Nicaragua had violated the American Convention.⁷²

E. *No Attribution of State Responsibility For Violations Committed by Groups Rebellious Against the Government Unless the Group is Successful*

The State is not responsible for human rights violations committed by "organs of an insurrectional movement."⁷³ If lawlessness exists in a state and the state takes all measures it can reasonably be expected of take under the circumstances to prevent the crime or lawlessness the State is not internationally responsible for violations.⁷⁴ If the insurrectional movement triumphs and becomes the government of the State or forms a new State, however, it is responsible for its earlier actions.⁷⁵ All successor governments are internationally responsible for violations committed by their predecessor Governments which have not been repaired.⁷⁶

If the rebels continue to operate as rebels and never comes to power, there is no established principle to place international liability on them. State Parties to international human

67 Genie Lacayo Case, (Preliminary Objections), Judgment of January 27, 1995, Series C. No. 21 (1995).

68 *Id.*

69 Under the principle of *ratione temporis*, the Inter-American Court may not adjudicate a case based on events which took place before the State accepted the jurisdiction of the Court.

70 Nicaragua accepted the contentious jurisdiction of the Inter-American Court on May 3, 1990. Basic Documents of the Inter-American Human Rights System, at 53.

71 Genie Lacayo Case, (Preliminary Objections), Judgment of January 27, 1995, Series C. No. 21 (1995).

72 Genie Lacayo Case, (Merits), Judgment of January 29, 1997, Series C. No. 30 (1997).

73 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note 1, art. 14 at 135.

74 WHITEMAN, 1 DAMAGES IN INTERNATIONAL LAW, *supra* note 4 at 34. For example, in the early 1900's, the Spanish Treaty Claims Commission, determined that for claimants to recover for damages caused by insurgents they needed to allege and prove "that at the time and place when and where the injury was done the Spanish authorities could, by due diligence, and should have prevented such injury." Fuller's Report (1907) 25 in WHITEMAN, 1 DAMAGES IN INTERNATIONAL LAW, *supra* note 4 at 35.

75 DRAFT ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY, *supra* note, Commentary to art. 15 at 144.

76 Theo Van Boven, *Study Concerning the Right to Restitution, Compensation and Rehabilitation for Victims of Gross Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 16, U.N. Human Rts.

rights treaties sometimes complain that while States are held responsible for human rights violations, the international enforcement organs ignore the violations of rebel groups operating within their territories.⁷⁷ Generally under international human rights law, only the States Parties to the treaties incur a duty to respect human rights.⁷⁸ The United Nations Truth Commission for El Salvador did establish precedent some limited for holding rebel groups liable in stating that,

It is true that, in theory, international human rights law is applicable only to Governments, while in some armed conflicts international humanitarian law is binding on both sides: in other words, binding on both insurgents and Government forces. However, it must be recognized that when insurgents assume government powers in territories under their control, they too can be required to observe certain human rights obligations that are binding on the State under international law.⁷⁹

This principle is justifiable and will perhaps find more support in the future. However, presently individuals or rebel groups that violate international human rights can not be brought before the Inter-American Court of Human Rights. An international criminal court must be instituted for proceedings against individuals.

III. CONCLUSION

The principles of attribution of responsibility for state violation of international obligations are well established. The Inter-American Court's application of these principles in holding states responsible for human rights violations has been consistently in accordance with those principles as codified by the International Law Commission. This consistency has perhaps resulted in States obviating a need for a Court judgment on the merits by accepting international liability. It bodes well for the future of international human rights law in general and the Inter-American human rights system in particular, that more States are acting responsibly and acknowledging international responsibility for violations of human rights.

Commission E/CN.4/Sub.2/1993/8 (July 2, 1993).

⁷⁷ The Representative of the Peruvian Government made this complaint at the public hearing on advisory opinion OC-14, before the Inter-American Court of Human Rights on January 31, 1994.

⁷⁸ See Jo Pasqualucci, *The Whole Truth and Nothing But the Truth: Truth Commissions, Impunity, and the Inter-American Human Rights System*, 12 B. U. Int'l L. J. 321, 334-35 (1994).

⁷⁹ Report of the Commission on the Truth for El Salvador: From Madness to Hope, U.N. Doc. S/25500, 20 (1993) (English version).

ÉTICA PÚBLICA-ÉTICA PRIVADA

Gregorio Peces-Barba Martínez^(*)

I) Por razones de estima personal y científica no podían faltar unas líneas más en el homenaje que se dispensa al profesor Héctor Fix-Zamudio, amigo de muchos años, y al que respeto y admiro desde que empecé a leer sus obras, afecto que se consolidó con el conocimiento personal. Le ofrezco estas líneas sobre la distinción entre ética pública, que para mí es sinónimo de Justicia, y ética privada, que es la ética personal, quizás la verdadera y más radical ética, que orienta hacia la autonomía o independencia moral. Es posible en la cultura política y jurídica modernas que la no distinción de estos dos conceptos sea causa de muchas confusiones y de muchos itinerarios errados. Me parece que comparto con el profesor Fix-Zamudio una cierta actitud intelectual para identificar y presentar problemas, como condición previa e indispensable para poder, después, ofrecer soluciones. Por mi parte, añado que no tengo más instrumentos para esos análisis, que los que ofrece la condición humana y especialmente la razón, porque siempre parto del hecho del hombre centrado en el mundo, y también centro del mundo. Por eso, no uso argumentos de autoridad, ni órdenes previas a las construcciones de la cultura en la historia. Intento, así, seguir el consejo de Wittgenstein de hablar sólo de lo que puedo saber por mis propios medios intelectuales y por las aportaciones previas de otras razones que nos han precedido en la vida. En todo caso, este trabajo aborda un tema de comprensión de la sociedad y de la cultura, del puesto en ella del pensamiento político y jurídico y de la incidencia de las grandes concepciones del bien, especialmente religiosas, y de las filosofías comprensivas, especialmente las políticas. Es la primera obligación de los profesores e intelectuales intentar comprender, y cuando en un campo se renuncia a esa tarea, otros más pragmáticos nos sustituyen, para pasar de la comprensión a la manipulación.

Tal análisis del juego histórico de la ética pública y de la ética privada abarca muchos aspectos que han oscurecido u orientado, según los casos, los avatares del mundo moderno. Modestamente, esta pequeña contribución pretende avanzar en este último sentido. Naturalmente soy deudor de mis circunstancias culturales y del tiempo en que vivo, aunque las reflexiones pretenden conclusiones más generales y universales.

^(*) Rector de la Universidad Carlos III, Madrid, España.

II) El 23 de enero de 1897, se presentó, por once alumnos de la Facultad de Derecho de Salamanca, una denuncia contra el catedrático de Derecho Penal D. Pedro Dorado Montero, "...apenados por las doctrinas erróneas y contrarias a la religión católica expuestas en dicha cátedra". Consideran los denunciantes que esas opiniones obedecen "...a un sistema, desarrollando y exponiendo doctrinas perniciosas en sus conferencias...". Se refieren al positivismo y al materialismo y la denuncia se tramita ante el Obispo, que condenará las explicaciones del maestro del Derecho Penal, pidiendo a la autoridad secular que inicie un expediente al catedrático, desconociendo la libertad de cátedra. La resolución ministerial supondrá una suspensión del Catedrático en sus funciones, aunque felizmente breve en el tiempo.

Unos siglos atrás, el traductor al castellano de la "Institución de la Religión Cristiana" de Calvino, Cipriano de Valera, escribe el prólogo de la edición de 1597, publicada en Holanda, y dirigido "...a todos los fieles de la Nación Española", "...sea que aún giman so el yugo de la Inquisición, o que sean esparcidos y desterrados por tierras ajenas...". Casi tres siglos más tarde, en 1858, otro heterodoxo, el cuáquero Luis de Usoz y Río, vuelve a poner en circulación la vieja traducción de Valera, y tampoco puede hacerlo en España. La reedición se publicará igualmente en Holanda.

Estos ejemplos que se podrían multiplicar en nuestro país desde la modernidad, y especialmente en los siglos XIX y XX, durante el franquismo, expresan una determinada mentalidad y se sitúan en el núcleo de la reflexión que pretendo desarrollar en este trabajo: la distinción entre la ética pública y la ética privada.

En otra sociedad, como la de los Estados Unidos de América, de indiscutible religiosidad, principalmente vinculada a puritanos, cuáqueros, metodistas y otras sectas menores, además de creyentes de la Iglesia de Inglaterra, y de una minoría de católicos, la tradición es sin embargo diferente; y desde los padres fundadores y desde la primera enmienda y luego desde la enmienda catorce, se combina la libertad religiosa con la separación entre la Iglesia y el Estado. En un tema también muy vivo y de actualidad en nuestro país, la enseñanza religiosa en las escuelas, hay una postura concluyente que se expresa por primera vez en el caso *Mac Collum v. Board of Education*, en Illinois en 1948. La señora Mac Collum recurrió contra un programa mancomunado de las religiones católica, judía y protestante que impartía enseñanza religiosa a aquellos alumnos cuyos padres así lo solicitaran a la escuela. Las clases se desarrollaban una vez a la semana con una duración de treinta minutos para los alumnos de los cursos inferiores y cuarenta y cinco para los alumnos de los últimos cursos y tenían lugar en aulas de la escuela pública. Los profesores no recibían remuneración alguna por parte del Centro, y los estudiantes que no quisieran asistir a las clases de religión se dedicaban a otras actividades voluntarias o a estudiar sus asignaturas. El recurso de la Sra. Mac Collum, con hijos que asistían a una escuela pública, se fundaba en que el programa distribuía fondos públicos para fines contrarios a la Constitución del Estado de Illinois, a la vez que fomentaba la segregación de los alumnos por motivos religiosos. Tanto el Tribunal del Distrito como el Tribunal Supremo de Illinois desestimaron la demanda, pero la estimó el Tribunal Supremo Federal que revocó las sentencias anteriores. La argumentación en la que se basó el fallo se fundamentaba: primero, en

que el programa utilizaba propiedades públicas para la instrucción religiosa; segundo, en que se propiciaba una cooperación excesiva entre las autoridades estatales y las religiosas; tercero, que ese programa favorecía una presencia de profesores de religión en centros públicos; y, finalmente, que suponía que los alumnos eran clasificados y distribuidos en función de sus creencias religiosas. Esos razonamientos conducían al Tribunal a pensar que el mantenimiento de ese modelo supondría la desaparición del sistema de educación pública, inspirado en la separación entre la Iglesia y el Estado. La religión no es una asignatura que deba impartirse en las escuelas públicas, debido a su contenido privado, por lo que representaba una violación directa de la “establishment clause”. La mayoría del Tribunal se inspiró en la idea de Jefferson del muro de separación entre Iglesia y Estado y la calificó como “the great american principle of eternal separation”, en el sentido de que “...el muro de separación implica justo eso; un muro, y no una delgada línea que pueda ser fácilmente traspasada...”. Recientemente, en el caso *Board of Education of Westside Community Schools v. Mergens* (1990) se matiza esta doctrina y se establecen las líneas básicas que permiten la existencia de grupos de reunión religiosa en las escuelas públicas, siempre que coexistan con grupos seculares que se puedan igualmente reunir, que no sean promovidos por el Centro y que se celebren fuera del horario escolar.¹

Con todos los matices, parece evidente que los ejemplos que señalo obedecen a culturas distintas, aunque ambas de inspiración y de origen religioso. Probablemente si incorporásemos las posiciones más laicas y secularizadas de otros países el contraste sería aun mayor. A mi juicio las razones de estas diferencias estriban en posiciones contradictorias a la relación entre ética pública y ética privada, por lo que ese problema suscita desde hace años mi interés.

III) La primera aproximación la hice en 1993 en mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas que titulé *Ética Pública y Derecho*,² y posteriormente lo amplié en un pequeño libro “*Ética, Poder y Derecho*”, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en 1995.³ Después, con algunas conferencias y con algún artículo en la prensa diaria, ha continuado mi reflexión que hoy perfilo, con un paso más, en este trabajo.

El tema se incluye en el ámbito de la reflexión de la Teoría de la Justicia, y parte de la superación del debate tradicional y clásico en la filosofía del Derecho, positivismo frente al iusnaturalismo. A mi juicio, el núcleo esencial que hoy permanece y que acerca a posiciones iusnaturalistas templadas y a las positivistas del mismo signo, es una doble afirmación que se enfrenta con las posturas radicales de ambos bandos:

1 Estas referencias sobre el Derecho norteamericano las debo al profesor Óscar Celador, de Derecho Eclesiástico, que ha defendido una tesis doctoral sobre la libertad ideológica en los Estados Unidos, recientemente publicada en Editorial Dykinson. Madrid 1998.

2 *Vid.* Real Academia de Ciencias Morales y Políticas “*Ética Pública y Derecho*”. (Sesión de 19 de abril de 1993). Madrid, 1993, pp. 28 a 31.

3 “*Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*”. Centro de Estudios Constitucionales en Madrid 1995. pp 75 a 80.

Por una parte, no parece posible mantener la definición de lo jurídico sólo desde el propio Derecho, con los criterios formales del órgano competente y del procedimiento establecido para identificar la pertenencia al Ordenamiento, sino que se incorporan a la definición del Derecho las dimensiones de moralidad, que denomino ética pública, y que se podría identificar con el clásico de justicia.

Por otra parte, esa moralidad no es directamente jurídica por sus contenidos, sino que debe seguir el *iter* normal de producción normativa, establecido en la norma de identificación de normas.

Es decir, que esa moralidad sólo es Derecho si incorpora su espíritu al cuerpo de una norma creada con los criterios que establecen el órgano y el procedimiento que dan vida a cada tipo de normas (Constitución, Ley, Jurisprudencia, etc.).

En esta posición integradora se intenta hacer compatible la exigencia formal del positivismo: incorporación al Derecho por las vías regladas, respondiendo a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, con la aceptación de que el Derecho tiene unos objetivos a alcanzar y que suponen los contenidos de moralidad o de justicia. Se positivizan por esa vía, pero son previos, como expresión de las aportaciones de la razón humana en la historia que constituyen la cultura política y jurídica que responde a la pregunta ¿qué se manda? Si se analizan los últimos doscientos años, desde la aparición del Estado liberal, con las revoluciones americana y francesa, se constataría que la realidad constitucional y, en general, de los ordenamientos jurídicos, refleja esa orientación, con el proceso de positividad de los derechos fundamentales. Por otra parte, esa tendencia ya aparecía en el iusnaturalismo racionalista, donde las justificaciones pactistas explicaban el paso del Estado de Naturaleza al Estado de sociedad, por la voluntad de convertir en eficaces a los derechos naturales, amparados y garantizados por el poder que surgía del pacto y por un Derecho positivo.⁴ Creo, finalmente, que la importancia del debate hoy sobre principios y normas, o sobre normas-regla y normas-principio, se inserta en este punto de vista, al menos en aquellos sectores de la doctrina que no aceptan una concepción iusnaturalista de los principios contrapuesta a una visión positivista de las normas. En nuestro país es especialmente significativo, en ese sentido, el esfuerzo del prof. Luis Prieto.⁵

En ese contexto aparece la distinción entre ética pública y ética privada que propongo y que pretende esclarecer qué contenidos de moralidad deben incorporarse al Derecho, y si ese se debe o no distinguir de la moralidad individual que conduce a la persona que lo asume hacia metas de salvación, de virtud, de bien o de felicidad. Mi punto de partida es que uno de los rasgos más estables que identifican a la modernidad es, precisamente, esta distinción. En efecto, el

4 *Vid.* Pufendorf “Les devoirs de l’homme et du citoyen”. (Traducción francesa de J. Barbeyrac Nourse. Londres 1741. Tomo I Cap. I -IX y XI . Cap. IV-V-VI-IX-X y Cap. V-VII-VIII.

5 *Vid.* Luis Prieto “Sobre principios y normas”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1992. Asimismo “Diez argumentos a propósito de los principios”. Jueces para la Democracia, no. 26 Julio de 1996 y “Constitucionalismo y positivismo”, Fontamara, México, 1998.

fin a alcanzar, o el objetivo de la ética pública, moralidad del Derecho o justicia, como tradicionalmente se le denomina, es orientar la organización de la sociedad para que cada persona pueda alcanzar el desarrollo máximo de las dimensiones de su dignidad: capacidad de elegir, capacidad de razonar y de construir conceptos generales, capacidad de dialogar y de comunicarse, y capacidad para decidir libremente sobre su camino para buscar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad. Este último es el que directamente se refiere a la ética privada.

Esta distinción sólo se puede entender en el mundo a partir de una aproximación histórica, y es consecuencia de los procesos de liberación intelectual y de liberación política que contribuyen a racionalizar las sociedades modernas. Desde el punto de vista subjetivo, y como una dimensión de la ética pública que sirve para potenciar la ética privada de cada persona, la libertad de conciencia, religiosa o ideológica será la cristalización de ese proceso. Desde el punto de vista objetivo, como dimensión de la ética pública, que favorece igualmente la distinción, están los valores de tolerancia, pluralismo, neutralidad del Estado, que constituyen principios de organización de las sociedades democráticas reflejadas en sus Constituciones.

En esa visión histórica que no podemos hacer aquí con la necesaria extensión, el punto de partida será la ruptura de la unidad religiosa, que liquidará el monopolio del modelo moral de la Iglesia católica en nuestro ámbito cultural, con la aparición de una pluralidad de modelos, de las grandes Iglesias protestantes, y de las sectas o congregaciones del protestantismo nuevo. Incluso la interpretación individual de la Biblia producirá un subjetivismo espiritualista, que ayudará, por cierto, a impulsar el de la época.

Ante las guerras de religión, consecuencia de la ruptura, y para superar una situación indeseada por razones humanas, religiosas e incluso económicas, empezarán a aparecer en Francia en el siglo XVI las primeras formulaciones de la tolerancia, cuya expresión más relevante será el Edicto de Nantes en 1598. La presión de la Iglesia católica y el deseo de Luis XIV de liderar una posición de defensa del catolicismo, hasta entonces expresada por la Corona de España, le llevará a revocar el Edicto en 1685. Se volverá así, a la confusión entre ética pública y ética privada. El siglo XVII contemplará, a pesar de todo, la extensión de la idea en las colonias inglesas de Norteamérica principalmente.

En la Carta sobre la Tolerancia de 1689, Locke fijará su posición definitiva sobre el tema, con puntos de vista que señalan ya, claramente, la distinción entre ética pública y ética privada. Veamos algunas de esas afirmaciones:

1) “...Es necesario distinguir el menester civil y el religioso, estableciendo la frontera entre la Iglesia y el Estado. Sin esto no se pondrá fin a las controversias entre quienes tienen o simulan tener interés por la salvación de las almas...”⁶

6 Vid. el texto en Grijalbo. Colección 70. México 1970, p. 20.

2) “Considero que el Estado es una sociedad constituida para conservar y organizar intereses civiles como la vida, la libertad, la salud, la protección personal, así como la posesión de cosas exteriores, como tierra, dinero, enseres, etc. Así la jurisdicción del gobernante, alcanza solo estos derechos civiles y todo el interés civil se reduce al cuidado de estas cosas; no puede ser extendido bajo ningún pretexto a la salvación de las almas”.⁷

3) “...En el país donde no hay más que una única religión verdadera y un único camino que lleva al cielo, ¿qué esperanza existe de llevar a la gloria a un mayor número de hombres, si se condiciona al mortal para que ponga la guía de su conciencia y abrace la forma de venerar de su señor conforme a lo establecido en las leyes del país?”.⁸ Aquí hay una crítica clara a la solución de la Paz de Aquisgrán “*cuius regio eius religio*” y también a todos los Estados confesionales que sólo consentían una única religión, incluida la Inglaterra de su tiempo.

4) “...Pensemos ahora lo que es la Iglesia. Entiendo que es una asociación libre de hombres que de común acuerdo se reúnen públicamente para venerar a Dios de una manera determinada que ellos juzgan grata a la divinidad y provechosa para la salvación de las almas... Nadie está ligado por la naturaleza a Iglesia o secta alguna, sino que cada hombre se une a ellas voluntariamente porque cree haber encontrado la verdad religiosa, el culto más sincero a Dios...”.⁹ La práctica de las Iglesias que pretenden asegurar las incorporaciones con el sacramento del bautismo conferido en los primeros días del recién nacido, se opone frontalmente a esta opinión de Locke, y la consecuencia es simplemente posponer a una edad posterior la toma de decisión sobre el mantenimiento o el alejamiento de una institución donde se ha entrado sin ser consciente de ello.

5) “...Ningún hombre puede atentar o disminuir los derechos civiles de otro por el hecho de que éste se declare ajeno a la religión o rito de aquél. Los derechos que le pertenecen como ciudadano, deben rodearle permanentemente ya que no son asuntos de religión...”.¹⁰ Es una hermosa forma de regular la libertad de conciencia, pero también una afirmación sobre la incompetencia de la Iglesia para decidir, o expresar un dictamen vinculante sobre temas civiles.

6) “...Las Iglesias no tienen autoridad alguna sobre cuestiones mundanales. Ni el fuego ni el hierro son instrumentos idóneos para convencer a las conciencias... Cualquiera que sea el origen de esa autoridad, siempre debe estar confinada dentro de los límites de la Iglesia y no debe ser extendida a los asuntos mundanos, puesto que la Iglesia es algo muy diferente del Estado y de los asuntos mundanos...”.¹¹

Este planteamiento y el que paralelamente, y con influencias comunicadas, se desarrollará en el siglo XVIII francés, marcará la evolución del constitucionalismo, con resultados aná-

7 Obra citada, pp. 20 y 21.

8 Obra citada, p. 22.

9 Obra citada, p. 23.

10 Obra citada, p. 26.

11 Obra citada, pp. 28 y 29.

logos en Europa y en los Estados Unidos de América, pese a que la cultura política americana esté impregnada de religiosidad. Las posturas de la Iglesia católica, muy reacia a aceptar la distinción entre ética pública y ética privada hasta este mismo siglo, y aún hoy con un renacimiento de las viejas actitudes, contrastan con la aceptación en los países influidos por el protestantismo. La hipótesis que, a mi juicio, explicaría la diferencia está en el protestante, que neutraliza las pretensiones de trasladar su verdad al ámbito público, frente al monolitismo jerárquico de la Iglesia católica, que favorecía esa extensión.

IV) La ética pública conforma el orden justo y estable, los criterios de organización de la vida social, el conjunto de valores, principios y derechos, en definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática debe realizar, como hemos dicho. Su finalidad es que todos y cada uno de los ciudadanos, en la más amplia medida posible, estén en condiciones de desarrollar plenamente los rasgos de su dignidad y muy especialmente el de escoger libremente su moralidad privada. Ciertamente que todas las concepciones políticas y jurídicas tienen su ideario, con sus fines y objetivos a alcanzar, pero solamente las concepciones democráticas de origen liberal suponen el desarrollo de los elementos subjetivos -libertad religiosa- y objetivos -tolerancia, pluralismo neutralidad del Estado- que presuponen la distinción entre ética pública y ética privada.

La ética pública no establece comportamientos ni exige conductas dirigidas a la salvación, al bien, a la virtud o a la felicidad. A través del favorecimiento y de la promoción de nuestra condición de seres autónomos y libres hará que sea posible el ejercicio de nuestra ética privada.

Mi idea de la ética pública comprende lo que Rawls entiende como contenidos de una concepción política liberal, es decir, los principios de justicia y la razón pública, entendida como “orientaciones de indagación: principios de razonamiento y reglas de evidencia, a la luz de los cuales los ciudadanos han de decidir si los principios sustantivos se aplican propiamente, así como identificar las leyes y las políticas que mejor satisfacen esos principios sustantivos...”.¹² Me parece difícil separar la dimensión estática -los principios de justicia- y la dimensión dinámica, los criterios de la razón pública que aplican e interpretan esos principios de justicia. Por otra parte, mi reflexión parte de un análisis racional en el marco de la evolución histórica, y no es un análisis abstracto, que además tiene en mente esa integración entre moralidad y Derecho positivo, que distingue pero integra en la realidad a los fines de creación, interpretación y aplicación del Derecho. Separar los valores de la justicia política y los valores de la razón pública es posible a efectos doctrinales, pero sabiendo que en la realidad, creación e interpretación, legislador, constituyente y ordinario, y juez, compositor e intérprete, son difícilmente distinguibles.¹³ Pero en todo caso lo que importa es que Rawls coincidirá en que ninguna concepción

¹² Vid. “El político”, edición castellana de Antoni Domenech. Crítica. Grijalbo. Mondadori. Barcelona, 1996. Edición original “Political Liberalism”. Columbia University Press. Nueva York, 1993, p. 259.

¹³ Rawls lo acepta cuando afirma que “...las orientaciones de indagación de la razón pública, así como su principio de legitimación, tienen la misma base que los principios sustantivos de justicia...” (p. 260).

del bien puede ser el núcleo de la justicia básica ni de la razón pública. “...No podemos apelar -dirá- a doctrinas religiosas y filosóficas comprensivas a lo que como individuos o miembros de asociaciones, creemos que es la verdad global...”¹⁴

Los destinatarios y a la vez impulsores de la evolución de la ética pública son las autoridades, los poderes políticos, los operadores jurídicos, legisladores, jueces y funcionarios, y también cada persona como ciudadano. Aquí se ve también la dificultad de separar las dimensiones básicas de justicia y la razón pública, porque la actuación de la razón pública produce como resultado una nueva dimensión básica de justicia, que de nuevo exigirá, en un momento, otra interpretación desde la razón pública, con nuevas dimensiones básicas de justicia que se incorporan a los contenidos de la concepción política. Justicia básica y razón pública deben analizarse conjuntamente en una perspectiva dinámica.

Pero volviendo al tema central, Rawls dirá que “...la política en una sociedad democrática nunca puede guiarse por lo que consideramos la verdad global...”, lo cual no supone que las personas que creen en una verdad global, o que participen de lo que Rawls llama una verdad comprensiva, no intervengan en la formación del depósito histórico de la ética pública. Otra vez la historia nos enseña que muchos creyentes han contribuido decisivamente a la formación de los ideales democráticos, aunque en muchas ocasiones lo han hecho desde posiciones heterodoxas, y no pocas condenadas por sus respectivas Iglesias. En todo caso, esta afirmación que excluye que las concepciones del bien sean el núcleo de la ética pública no supone tampoco que las instituciones no puedan opinar en materias de ética pública, que no puedan hacer propuestas o críticas. Lo que está excluido es que pretendan intervenir desde la autoridad o “ex-cátedra”, como depositarias de una verdad o de un orden natural del que son intérpretes y administradores únicos.

Naturalmente que tanto las aportaciones significativas de las personas como de las instituciones que participan en doctrinas comprensivas, lo son en tanto en cuanto contribuyan desde ellas a fortalecer la ética pública, y no cuando pretendan incorporarlas a la misma, como obligatorias, dimensiones de ética privada.

La ética privada es un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación, con el objetivo de alcanzar el bien, la virtud o la felicidad. Sus destinatarios son las personas individuales y es necesario su aceptación (autonomía) para que tenga la consideración de moralidad privada. No se puede imponer y no puede ser una oferta extravagante o marginal, sino un proyecto que pueda ser propuesto a todos con carácter general (universalidad). Así, la expresión “la verdad os hará libres” debe interpretarse en el ámbito de la ética privada, identificando a esa doctrina con un camino de salvación, pero no como la reflexión sobre un orden moral al que está subordinado el legislador, en la justicia y en la razón pública, sobre todo si alguna institución, en nuestro caso la Iglesia Católica, se considera intérprete único. Si tuviéramos que identificar un criterio o un principio identificador de la ética pública fren-

14 Obra citada, p. 260.

te al de “la verdad os hará libres” de la ética privada, me inclinaría por formularlo, en relación con el anterior, del siguiente tenor: “la libertad os hará más verdaderos”. En definitiva, la ética pública, positivizada desde el Derecho y que pretende incorporarse al mismo, se propone crear modelos humanos libres para que puedan realizarse plenamente, para que puedan ser verdaderos.

Si vemos el tema ética pública-ética privada desde las personas, éstas están sometidas a ambas regularidades, como ciudadanos y como seres que buscan su desarrollo integral, y cuando actúan es difícil distinguir las razones de su acción. Sin embargo, sí que se puede distinguir entre uno y otro ámbito por las razones de su sometimiento o aceptación. En el ámbito de la ética pública positivizada rige la doble dialéctica de la fuerza y del consenso, mientras que en la ética privada sólo cabe la aceptación por consenso. La ética privada es la moralidad en sentido propio, que exige, como hemos visto, la aceptación del destinatario, mientras que la ética pública es moralidad incorporada al Derecho, con lo que el doble cauce para la vinculación se explica en clave jurídica cuando el sometimiento es por el temor o por la posibilidad de la sanción y la aceptación es por la coincidencia con los valores políticos y jurídicos que contiene. La vieja distinción escolástica entre leyes que obligan en conciencia y leyes meramente penales reaparece desde otra perspectiva y con otra finalidad.

V) Lo que denomino patologías de la ética pública y de la ética privada son confusiones e identificaciones, que olvidan o descartan la separación, que configuran sociedades diferentes de la democrática, y que se separan del modelo mayoritario de la modernidad.

Pueden ser de dos tipos, según la confusión suponga una imposición de la ética pública sobre la privada o de la privada sobre la pública. El primer supuesto es propio de concepciones totalitarias que pretenden que su ideario público sea también el ideario privado de sus ciudadanos, o dicho de otra manera, que la concepción política que defienden abarca también las dimensiones privadas del individuo.

No podemos estudiar a fondo esta desviación totalitaria en la historia de la cultura moderna, pero sí podemos señalar que es propia de concepciones cerradas, abarcadoras y autosuficientes que disuelven al individuo en la sociedad y le niegan el ámbito de autonomía que supone la ética privada. En el marxismo leninismo y en el fascismo encontramos las raíces de esta patología. El modelo que representa Giovanni Gentile es muy iluminador al Frente a Bertrand Russell o a Romain Rolland que abominaba de la guerra de 1914, “cette mêlée sacrilège, qui offre le spectacle d’une Europe démente montant sur le bûcher et se déchirant de ses mains, comme Hercule”,¹⁵ Gentile hacía un elogio y construía una filosofía de la guerra, “dramma divino... cimento de tutte le forze che si sono organizzate nella faccia delta terra...”.¹⁶ Con una posición liberal dudosa, “concebía al Estado como la voluntad individual en su profunda racio-

15 Romain Rolland “Au dessus de la mêlée”; Paul Ollendorf. París, 1916, p. 24.

16 Giovanni Gentile “Guerra a fade”. Ricciardi, Nápoles, 1919.

nalidad y legalidad”.¹⁷ En una polémica con Missiroli, en otra obra “Dopo la vittoria. Nuovi frammenti politici”,¹⁸ hará una afirmación modélica de la patología totalitaria, desde la idea del Estado ético, el Estado fuente de moralidad.

“Ni el Estado exterior al individuo, ni el individuo concebible como abstracta particularidad, fuera de la inmanente comunidad ética del Estado, en el cual éste (el individuo) realiza su efectiva libertad...”. La ética privada se disuelve aquí en la pública. En el mismo sentido Lenin afirmará en un discurso a los jóvenes comunistas en 1920, “No reconocemos nada privado; nuestra moralidad está por entero subordinada a la lucha de clases entablada por el proletariado”;¹⁹ idea que igualmente podemos encontrar en el pensamiento de Mao Tse-tung, quien en su artículo “Contra el liberalismo” (Sept. 1937) arremete contra la privacidad que “coloca los intereses personales en primer plano y relega los intereses de la revolución al segundo...”, por el contrario, el comunista está obligado a subordinar “sus intereses personales a los de la revolución” y “preocuparse más por el Partido y las mesas, que por ningún individuo y más por los demás que por sí mismo”.²⁰

El segundo supuesto aparece cuando la ética privada, es decir, una concepción del bien o una filosofía comprensiva como diría Rawls, pretende convertirse en definidora de la ética pública. Estamos en el supuesto del Estado confesional, de los fundamentalismos religiosos, que en España se han vivido hasta la Constitución de 1978 con pequeños intervalos, como el de la Segunda República.

En otros ámbitos culturales, se puede señalar el fundamentalismo islámico, y en el que nos afecta ha sido la posición de la Iglesia católica, renuente ante la modernidad y que rechazaba, desde la “Mirari vos” de 1832 hasta la “Libertas” de 1888, “a los que agitados por torpe deseo de desenfadada libertad no se proponen otra cosa sino quebrar y aun aniquilar todos los derechos de los príncipes”. Rechazaban los errores modernos, como la ruptura de la autoridad divina de la Iglesia, el liberalismo, el socialismo, la filosofía de la Ilustración, la libertad de cultos, el contrato social, la soberanía popular, el sufragio universal, el principio de las mayorías, los derechos humanos excepto el de la propiedad, la libertad de imprenta, etc. Era una posición antimoderna contraria a todos los logros del Estado parlamentario representativo que pretendía imponer un “orden natural” que en realidad era un modelo histórico superado, el de las monarquías absolutas. No podemos realizar un análisis pormenorizado de la evolución histórica, pero la Iglesia, con Pío XI y Pío XII, y sobre todo con Juan XXIII y la “Pacem in Terris” y con Pablo VI y la Constitución “Gaudium et Spes”, sobre el mundo actual, del Concilio Vaticano II, asumió los valores políticos democráticos y los derechos fundamentales.

En la actualidad “Veritatis Splendor” y “Evangelium vitae”, de Juan Pablo II, ponen de nuevo el acento en la idea de verdad y de Orden natural interpretados por la autoridad de la Igle-

17 Para una visión más amplia, *vid.* el tema en Bobbio “Profilo ideológico del novecento italiano”. Eicendi, Turin, 1986.

18 Quaderni della “Voce”. Roma, 1920, p. 172.

19 L. Schapiro, “Totalitarianism”, Londres, 1972, pp. 34-35.

20 Selected Works of Mao Tse-Tung. Pekín. 1965. Vol. II, pp. 32-33.

sia, lo que complica la compatibilidad con los conceptos de pluralismo y de neutralidad del Estado y dificulta el equilibrio intelectual, y la distinción entre ética pública y ética privada. Dos últimos documentos de la Conferencia Episcopal Española “...La Verdad os hará libres” y “Moral y Sociedad democrática”²¹ están en esa misma dificultad, puesto que pretenden hacer compatible la democracia con la verdad del hombre y con el saber moral interpretado por la Iglesia. Así, dirán en el segundo documento que su reflexión “...quiere centrarse en algunos valores objetivos ligados a la misma condición del hombre y accesibles a la razón humana, valores que sin ignorar las diversas creencias e ideologías, deberían regir nuestra convivencia más allá de las opiniones coyunturales de la mayoría o de los diversos grupos gobernantes”. Y añadirán más adelante que “la libertad florece realmente cuando hunde sus raíces en la verdad del hombre”, verdad “que la Iglesia anunció y que consiste en que todos estamos llamados a vivir según lo que somos: hijos de Dios y hermanos de nuestro prójimo”. Se completa el perfil de sus planteamientos cuando afirman: “...También la libertad de Dios está arraigada en la verdad de su propio ser y así, a su imagen, es como llegamos nosotros a ser verdaderamente libres...”. Hay pues una “verdad sobre el bien y el mal” que debe sobreponerse a los que afirman que la “voluntad popular es la fuente primaria y única del Derecho” y al “positivismo jurídico más descarnado”. La crítica que se hace en la segunda parte, “Orden Moral y Ley Civil”, es a mi juicio expresión de una tesis, hoy no mayoritaria en el pensamiento político y jurídico, opinable y criticable que se hace pasar por la “verdad”. Hay incluso planteamientos muy elementales, y críticas a la tradición democrática de la modernidad, junto con interpretaciones sesgadas y maniqueas de ese pensamiento.

Se afirma, incluso, quizás respondiendo a los planteamientos que les estoy proponiendo, que se debe “rechazar la acusación de que la Iglesia, cuando propone su doctrina sobre la verdad del hombre y la moral, sea un peligro para la democracia y una aliada e incluso promotora del fundamentalismo. Estas acusaciones, sigue diciendo el documento, son particularmente inadmisibles e irresponsables cuando provienen de personas de las que por razón de sus cargos públicos o de su relieve en los medios de comunicación se debería poder esperar juicios más cercanos a la realidad y menos perturbadores del buen entendimiento y de la paz social...”.

Creo que el documento no tiene desperdicio y debería ser estudiado a fondo por los filósofos del Derecho. Creo que aparte de su debilidad intelectual, de ser manifestación de la inocencia histórica de la Iglesia, y de su posición de superioridad al juzgar los acontecimientos sociales, representa un buen ejemplo de la dificultad de hacer compatible, desde ciertas posiciones de la Iglesia institución, no de todas, la aceptación de la democracia, y la defensa de una verdad y de un orden moral que se extiende al ámbito público y que no es compatible con otras posiciones diferentes, de las cuales no cabe conciliación alguna.

En los últimos meses, y desde posiciones intelectuales diferentes a las de Rawls ya señaladas, Habermas se opone a que el Derecho positivo “recabe su legitimidad de un superior orden moral”, aunque reconoce una posibilidad de fundamentación moral del Derecho, que se

21 El primero de 1991 y el segundo de 1996.

asemeja a la que estamos defendiendo. El Derecho, dice, "...se alimenta de la eticidad democrática de los ciudadanos y de la receptividad de una cultura política liberal...".²² Frente a la tesis de los obispos españoles, diría en un trabajo sobre el bicentenario de "La Paz Perpetua" de Kant, que "la acción política y su Derecho no pueden ser evaluados desde la categoría del bien y del mal".²³ De todas formas me parece importante concluir estas reflexiones con el análisis pormenorizado de la idea de ética pública para que se entienda bien lo que se pretende sostener. Una sociedad democrática se caracteriza por la adecuada relación entre ética pública y ética privada. A mi juicio, ese equilibrio y ese reparto de papeles es tan crucial que marca la diferencia entre la modernidad y otras formas históricas de entender los movimientos sociales.

VI) La ética pública interesa al poder político y al Derecho, y los sistemas en que se establece, se construyen, históricamente, desde la autoridad o desde la razón. Los sistemas derivados de la autoridad, y que normalmente han producido las patologías que acabo de señalar, tienen un autor único que es Dios o un padre intelectual reconocido, como Marx, y suelen actuar por medio de una institución competente para interpretar auténticamente la voluntad o la razón de Dios, o del padre intelectual. Ese es el papel que desempeñaron durante tiempo las Iglesias en los sistemas de Derecho Natural. Es también el de los partidos únicos en los sistemas totalitarios. Este punto de vista exige disciplina y jerarquía, es decir, unidad de interpretación y es un signo de sociedad cerrada, tal como las entienden Bergson y más tarde Popper.

Los sistemas de ética pública derivados de la razón suponen una participación de múltiples protagonistas, que a lo largo de la historia, y en nuestro caso de la modernidad, aportan sus semillas intelectuales, que son leídas desde otras perspectivas sociales, económicas y culturales, en otros momentos históricos y nuevos protagonistas se unirán con sus aportaciones, depurándose, matizándose, rectificándose o consolidándose puntos de vista, que van conformando el depósito de la moralidad que asume el poder político y el Derecho. Es un proceso dinámico y siempre "in faciendo" propio de las sociedades abiertas y donde no existe una única respuesta correcta. Tiene dos dimensiones: una más estable y consolidada donde se integran las reglas del juego generalmente aceptadas, lo que llamaría Rawls los criterios básicos de justicia, y otra más dinámica, más plural, expresión de las diversas posiciones que caben dentro de las reglas de juego, y que representa a las diferentes posiciones ideológicas y éticas ante los problemas. En este segundo nivel, las diferentes posiciones tienen que ser compatibles en el sentido de poder coexistir con los demás sistemas que se ofrecen a los ciudadanos. Es posible que algunas de las posiciones ideológicas situadas en el segundo nivel pretendan que alguno de sus postulados se integre en el primer nivel, el de las reglas de juego o criterios básicos de justicia. Lo razonable, y que debería formar parte de los criterios señalados por las reglas del juego, es que esa pretensión de ampliación o de modificación de las reglas del juego, cuente con un consenso y una aceptación generalizada, o con una mayoría especial muy cualificada. Así, las reglas de juego

22 *Vid.* "Faktizität und Geltung..." Suhrkamp. Frankfurt del Main, 1992. Edición italiana de Leonardo Ceppa, "Fatti e Norme", Guerini. Milán. Junio de 1996, pp. 541 y 545.

23 *Vid.* edición francesa "La paix perpétuelle". Les éditions du Cerf. Paris, 1996, p. 120.

del primer nivel, la Constitución y el bloque de Constitucionalidad, estarían preservadas de los cambios coyunturales de mayorías, garantizarían la existencia misma del principio, de las decisiones y las dimensiones procedimentales para que el diálogo necesario para la toma de decisiones públicas sea auténtico y libre.

Los contenidos de la ética pública que paso a analizar a continuación, situados en el primer nivel, son siempre procedimentales, entendiéndose por eso que no establecen conductas para la salvación, ni regulan contenidos de bien, de virtud o de felicidad, campo que corresponde a la ética privada.

Los sistemas de justicia básica, interpretadas y modificadas desde la razón pública, son los propios de las sociedades democráticas y actúan a través del Derecho, con la mediación del poder, y referidos al poder.

Esquemáticamente podemos señalar las siguientes dimensiones:

1) Dimensión de limitación del poder:

- sometimiento del poder al Derecho (Estado de Derecho, Estado Constitucional). Para mí no hay ruptura, entre los dos modelos. El Estado Constitucional, es un Estado de Derecho que perfecciona un escalón superior.
- derechos humanos individuales, civiles y políticos, que tienen como objetivo crear ámbitos de autonomía individual y favorecer la participación social y política de los individuos.

2) Dimensiones de organización del poder:

- separación funcional de poderes.
- separación territorial de poderes (autonomías, federalismo).
- sistema parlamentario representativo.
- independencia del poder judicial.
- neutralidad de la Administración.
- garantía de la Constitución (Tribunal Constitucional).

3) Dimensiones de promoción a través del poder:

- derechos económicos sociales y culturales. Satisfacción de las necesidades básicas (educación, seguridad social, protección de la salud, etc.).

Los elementos identificadores con los restantes derechos son el objetivo de servir y favorecer el desarrollo de las personas y la homogeneidad social. Los elementos diferenciales son sus técnicas de aplicación: universalidad como objetivo o como punto de llegada, frente a la universalidad *ab initio*, o desde el punto de partida de los derechos clásicos, y la igualdad co-

mo diferenciación, frente a la igualdad como equiparación de los primeros. Desde mi punto de vista esta dimensión debe situarse en el primer nivel de las reglas de juego, de la justicia básica, pero esta no es una opinión compartida por todos los grupos que abarcan el de las ideologías situadas en la ética pública del segundo nivel.

4) Dimensiones de funcionamiento del poder.

A mi juicio en este ámbito es relevante el análisis de los principios de las mayorías y de la negociación, que he realizado con más amplitud en un trabajo sobre el protagonismo del Parlamento, aparecido en un libro homenaje al profesor Fraga Iribarne.²⁴ Ambos principios deben actuar conjuntamente aunque el principio de las mayorías es un principio final que fija las decisiones, mientras el de la negociación es un principio medial que contribuye a una buena configuración de las mayorías. Estos dos principios actúan en todos los ámbitos de la acción política y de la protección jurídica, y tienen especial relevancia en la acción parlamentaria, que es el núcleo central de identificación y de impulso del funcionamiento de una sociedad democrática.

En el principio de las mayorías se pueden producir desviaciones que se pueden convertir en auténticas patologías y de las cuales existen numerosas experiencias históricas. Son las que denomino patologías de la autoridad y que pueden producirse desde el principio de las mayorías o frente al principio de las mayorías. Desde el principio de las mayorías la patología de la autoridad supone que se concede a la mayoría un valor excesivo que desborda los límites y que afirma que la mayoría no sólo fija la validez de un acuerdo o de una norma sino también su justicia. Frente al principio de las mayorías, la patología de la autoridad supone que una concepción del bien o una filosofía comprensiva se oponen a la discusión desde el principio de las mayorías de un tema que se opone a verdades que desde esas concepciones o filosofías se consideran indiscutibles y sobre las que no se puede transigir. Es un signo del derivado de una defectuosa comprensión de la distinción entre ética pública y ética privada y pretende negar la competencia de las instituciones públicas, y especialmente del parlamento, para discutir ciertos temas. Hoy, visto con perfil español, el divorcio o el aborto estarán en ese coto vedado que, desde la patología de la autoridad, niega la legitimidad de los poderes públicos para tratarlos. Pero como este tema es histórico, no hay que olvidar que en el siglo XIX, los temas vedados eran la libertad de conciencia, o el sindicalismo, el socialismo o el liberalismo, es decir se incluía en el coto vedado a toda la modernidad. Es prudente recordarlo de vez en cuando para no fomentar el sentimiento de inocencia histórica de la Iglesia institución.

La desviación del principio de la negociación es lo que llamo la patología de la autonomía, que supone llevar hasta el último extremo la negociación, desconociendo el principio de las mayorías, con una reducción extrema del espacio de la ley. Sin tener en cuenta el contexto histórico, ni la realidad de la cultura política y jurídica, una sociedad cerrada niega las normas

²⁴ *Vid.* el referido libro “Manuel Fraga. Homenaje académico”. Fundación Cánovas del Castillo. Madrid 1997. El artículo sobre “El protagonismo del Parlamento” en Tomo II, pp. 1243 y ss.

que surgen del principio de las mayorías y pretende construir las relaciones con su entorno exclusivamente desde una negociación. Favorece el autismo y el aislacionismo de quien lo practica, y se convierte en el único procedimiento para la toma de decisiones. El respeto a las diferencias conduciría a la autonomía total de unos poderes, en una sociedad cerrada, expresión de minorías que impondrán su criterio justificado en esas diferencias. Es la socialización de una conciencia colectiva, carente de referentes externos y de vínculos con su entorno político y jurídico, basada en el agravio ficticio de una dominación impuesta y no aceptada. La comunicación con el exterior sería a través exclusivamente del principio de la negociación, exagerado y excluyente de las mayorías que convertiría a la sociedad política en "...un mercado de transacciones vagamente reguladas entre unas comunidades encerradas en la obsesión de su identidad y de su homogeneidad".²⁵

Tanto la patología de la autoridad como la de la negociación son incompatibles con el funcionamiento de una sociedad democrática y no pueden formar parte de su ética pública incorporada al Derecho.

En relación con el Ordenamiento jurídico, los contenidos de la ética pública se organizan por medio de valores, principios y derechos fundamentales, establecen criterios para la acción de los operadores jurídicos y son guía para la producción y la interpretación del Derecho, al establecer los fines y objetivos principales del sistema jurídico. Se suelen situar en los niveles superiores de la jerarquía normativa, Constitución, ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como decía al principio, con estas reflexiones se puede abrir una vía para plantear los problemas de la teoría del Derecho y de la teoría de la justicia, desde unos parámetros diferentes a los clásicos de la dicotomía positivismo-iusnaturalismo y se puede comprender el dinamismo de la modernidad, con proyección de futuro.

²⁵ Vid. Alain Touraine, "¿Qué es la democracia?". Edición castellana. Temas de Hoy. Madrid, 1994, p. 36. (Edición original. Fayard. París 1994).

ESTADO CONSTITUCIONAL Y GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Antonio-Enrique Pérez Luño^(*)

1. PLANTEAMIENTO

La expresión “Estado constitucional” designa a una categoría teórica vieja que, en los últimos años, ha asumido un significado nuevo. Dar cuenta de ese sesgo innovador constituye el propósito guía de estas reflexiones. Para cumplirlo abordaré, por aproximación sucesiva, las cuestiones siguientes:

- 1) El contexto doctrinal en el que se propone la fórmula “Estado constitucional” para dar cuenta de los nuevos rumbos del constitucionalismo.
- 2) La consideración de los cambios producidos en los ordenamientos jurídicos de los sistemas democráticos que pretenden expresarse a través del nuevo significado atribuido a esa categoría.
- 3) El análisis crítico de las tesis que conciben el “Estado constitucional” como un paradigma alternativo respecto a la noción del Estado de derecho.
- 4) Una propuesta de concepción del Estado constitucional a partir de su relación con la teoría generacional de los derechos humanos.

2. LA DIFUSIÓN PRESENTE DE LA FÓRMULA “ESTADO CONSTITUCIONAL”

Se cumplen ahora unos veinte años desde que, al promediar la década de los setenta, algunos constitucionalistas germanos iniciaron un proceso de decantación terminológica desde la tradicional expresión *Rechtsstaat* a la de *Verfassungsstaat*. Los nombres de Peter Häberle

^(*) Catedrático de Filosofía del Derecho (Universidad de Sevilla).

(1980; 1981; 1996a), Martin Kriele (1980), Klaus Stern (1980; 1984) ... pueden considerarse representativos de esa tendencia. Conviene advertir, de inmediato, que estos autores no inventan la denominación *Verfassungsstaat*, la cual era ya utilizada en la teorías constitucionales clásicas como las debidas a Carl Schmitt (1982) y Karl Loewenstein (1986), e incluso como se desprende de los estudios históricos realizados por Ernst-Wolfgang Böckenförde (1995) esa denominación había sido utilizada con cierta asiduidad por los iuspublicistas germanos del s. XIX.

En determinados sectores de la doctrina jurídica italiana se advierte también una deliberada propensión a reemplazar la noción de *Stato di diritto* por la de *Stato costituzionale* para dar cuenta de un nuevo estado de cosas en los sistemas normativos democráticos. Las tesis de Antonio Baldassarre (1991) Stéfano Rodotà (1993) y, especialmente, Gustavo Zagrebelsky (1995) pueden considerarse ilustrativas de esta tendencia.

En la doctrina anglosajona no se registra, por contra, una sustitución del concepto del *Rule of Law* por el de *Constitutional State* en un sentido paralelo al reseñado en Alemania e Italia. No parece aventurado conjeturar que ello obedece a determinadas peculiaridades de los sistemas de *Common Law*, a las que habrá ocasión de aludir.

En la doctrina española mayoritariamente los términos “Estado de derecho” y “Estado constitucional” han sido utilizados de forma indistinta. No faltan determinadas reconstrucciones históricas sobre el origen del Estado constitucional, sin que en ellas exista una deliberada diferenciación respecto al concepto del Estado de derecho (Aguiar de Luque, 1977; De Agapito, 1989; Nieto, 1996; Sánchez Ferriz, 1993). En algún caso la referencia en favor de la fórmula “Estado constitucional” respecto a la de “Estado de derecho”, se justifica como un marco de referencia más adecuado para un tratamiento de la problemática estatal situado “en el ámbito jurídico”; aunque expresamente se indicará que esa opción se realiza “sin perjuicio de reconocer la fluidez de uno y otro concepto” (Aguiar de Luque, 1977, 7).

Existen no obstante, también en nuestra doctrina algunas tesis receptoras del nuevo significado del Estado Constitucional en cuanto categoría diferenciada del Estado de derecho (García Pascual, 1997; Peña Freire, 1997; Rubio Llorente, 1994; 1995). De entre esas últimas aportaciones es digno de especial mención el breve pero enjundioso, ensayo del profesor Manuel García Pelayo sobre *Estado legal y Estado constitucional de derecho* (1991, III, 3029 ss.), que constituye una síntesis ejemplar de las principales cuestiones que se debaten tras el nuevo significado atribuido a la expresión “Estado constitucional”.

3. LA FÓRMULA “ESTADO CONSTITUCIONAL” COMO EXPRESIÓN DE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DEMOCRÁTICOS

En los últimos años ha adquirido notoriedad en la doctrina jurídica norteamericana, especialmente en el ámbito penal y criminológico, la denominada teoría del “*labeling approach*”,

es decir, del enfoque a través de etiquetas o rótulos, denominada también como “teoría de las definiciones”. Se trata de una radicalización de las tesis del análisis del lenguaje jurídico postuladora de que la juridicidad no es una cualidad esencial u ontológica de determinadas conductas o hechos, sino el resultado de un proceso de atribución de tal cualidad. La juridicidad o antijuridicidad, la licitud o ilicitud, la validez o invalidez de los actos jurídicos son categorías de fronteras móviles y oscilantes, que, de ningún modo, pueden considerarse previas a su definición o tipificación como tales. La juridicidad es una etiqueta creada por determinadas instancias formalizadas de control social o poderes jurídicos. Esta tesis tiene a su favor el replantear la evidencia, muchas veces indebidamente soslayada, de que los cambios en el lenguaje normativo o las categorías del lenguaje de los juristas no son producto de preferencias casuales o arbitrarias, sino que suelen obedecer a mutaciones políticas, sociales o culturales de las que las nuevas fórmulas o definiciones pretenden dar cuenta. Sin detenerme en pormenores sobre los méritos o deméritos de esta doctrina (*cf.*, por todos, Hassemer, 1984, 81 ss.), parece razonable aceptar de ella la tesis de que la Teoría del derecho debe intentar ofrecer una explicación de los cambios e innovaciones que se producen en la experiencia jurídica. A tenor de ello entiendo que la decantación terminológica desde el Estado de derecho al Estado constitucional puede considerarse el reflejo de un triple desplazamiento advertible en los ordenamientos jurídicos de los sistemas democráticos que se concreta en:

- 1) El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución;
- 2) El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución;
- 3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

3.1. *De la primacía de la ley a la primacía de la Constitución*

Uno de los dogmas fundadores del Estado de derecho era el de la supremacía de ley. En el Estado liberal de derecho la ley aparece como la fuente jurídica suprema; las demás fuentes normativas son subalternas o subsidiarias, subsisten en los espacios que la ley les asigna y tienen relevancia jurídica sólo cuando la ley delega en ellas la regulación de determinadas materias. Ello era así porque la ley suponía entonces el cauce principal y normal de expresión de la voluntad normativa del Estado, de un Estado que consideraba un atributo básico de su soberanía el monopolio del sistema de fuentes jurídicas.

En las últimas décadas ese panorama ha devenido obsoleto y hoy asistimos a la aparición de entes que discuten y comprometen, por encima y por debajo del Estado, su supremacía jurídica y, consiguientemente, la de la ley. Se trata de fenómenos que he propuesto denominar de *supra e infra estatalidad normativa*.

La *supraestatalidad normativa* supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas. Este fenómeno se ha expresado con particular eficacia en las experiencias y tentativas

dirigidas a establecer un nuevo *ius commune*, es decir, un Derecho común que, a semejanza del forjado por las universidades medievales, representa una especie de tejido conectivo que une los ordenamientos jurídicos modernos y que encuentra expresión en el plano del Derecho positivo en documentos y acuerdos sobre derechos humanos, persecución de organizaciones delictivas internacionales y reglas generales del tráfico económico. Al propio tiempo que se afirma por vía jurisprudencial a través de la presencia en distintos ordenamientos estatales nacionales de modelos jurídicos que tienen un origen cultural común. Puede concluirse, a partir de estas consideraciones, que en las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha erosionado y, en ocasiones, se ha llegado a abolir, el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales, en la creación del sistema de fuentes del derecho.

El desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no sólo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado, de forma paralela se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de *infraestatalidad normativa* manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas que se desglosa en función de criterios: a) *ratione loci*, que implican el sustancial incremento de las competencias autonómicas de los entes territoriales de carácter federal, regional o municipal; b) *ratione personae*, en cuya virtud se están acrecentando las atribuciones autonormativas de determinados grupos o colectivos sociales siendo especialmente importante este fenómeno en el ámbito profesional en lo referente a la actuación de los sindicatos. Asimismo los grupos o comunidades de carácter religioso, cultural o deportivo contribuyen de forma creciente a la conformación de su propio *status* jurídico: y c) *ratione materiae*, ya que la complejidad de la vida en las sociedades tecnológicamente desarrolladas impone el reconocimiento de regulaciones jurídicas dotadas de un alto grado de especialización. Como ejemplo reciente se puede aquí aludir a los denominados “códigos tipo” previstos en el art. 31 de la Ley Orgánica para la Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), consistentes en normas que pueden establecer los responsables de los ficheros privados para determinar pautas organizativas y funcionales uniformes, que abarquen aspectos básicos de su actividad, o aspectos instrumentales como la seguridad del entorno o de los programas y equipos.

Frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico se opone hoy la idea del *pluralismo*. En su dimensión jurídica el pluralismo entraña el reconocimiento de un área de libertad o de autodeterminación interna para las organizaciones sociales. El pluralismo jurídico implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa, así como una erosión inmediata del protagonismo de la ley. En los ordenamientos jurídicos actuales se alude a una “explosión” del pluralismo jurídico que implica el reconocimiento de amplias facultades de autonomía (poder de autogobierno), autarquía (poder de autogestión) y autotutela (poder de autojurisdicción).

Se asiste ahora a una serie de fenómenos que entrañan una auténtica “subversión” de la jerarquía de las fuentes del Derecho. Incurriría en un exceso de prolijidad el intento de ofrecer una panorámica exhaustiva de los distintos ámbitos en los que se ha venido manifestando esa subversión jerárquica normativa. Baste recordar que las manifestaciones de supraestatalidad e

infraestatalidad normativa, a las que se ha tenido ocasión de aludir, se han traducido en una progresiva “descodificación”, o sea, en el abandono de las codificaciones formales en favor de leyes especiales y de las denominadas *soft-laws*. Asimismo, por parte de algunos sectores doctrinales, hoy se considera a las directivas de la Comunidad Europea, es decir comunicaciones sobre la forma más clara, orgánica y completa posible de aplicar la normativa de determinados sectores, como auténticas fuentes del Derecho con eficacia en los distintos ordenamientos de los países miembros (*cf.* Pérez Luño, 1993).

Otro supuesto ejemplar del proceso de subversión de la jerarquía de fuentes lo ofrece nuestro ordenamiento jurídico, que no reconoce formalmente valor creativo a las decisiones judiciales. No obstante, es opinión compartida por buen número de nuestros constitucionalistas la tesis de que las sentencias del Tribunal Constitucional, en particular las interpretativas, ocupan un lugar superior al de la ley en la jerarquía normativa. Se aduce para explicarlo que “la afirmación de la Constitución como norma jurídica y la consiguiente judicialización del ordenamiento suponen la afirmación de la superioridad jerárquica de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las demás fuentes del Derecho, con la excepción, obviamente, de la propia Constitución y de las Leyes de Reforma de la misma” (Pérez Royo, 1984, 48).

La repercusión expansiva del pluralismo jurídico está conduciendo al progresivo abandono del principio de jerarquía normativa en función de lo que se denominan “sistemas de interlegalidad”, o sea, de la intersección de sistemas de áreas y niveles jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad. La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica del actual pluralismo jurídico propio de la postmodernidad, que ha supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, que ha sido sustituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones (de Sousa Santos, 1995).

Para reconducir esos fenómenos e intentar poner orden en el caos normativo que amenaza con abolir por entero la unidad, coherencia y jerarquía del sistema de fuentes del derecho, hoy se vuelven los ojos hacia la Constitución. La primacía de la ley cede su puesto a la primacía de la Constitución. Esa primacía de la Constitución (*Vorrang der Verfassung*), que como cúspide de la pirámide jurídica y norma máxima del ordenamiento jurídico, garantiza la conformidad a su contenido de todas las normas restantes y la consiguiente nulidad de las que la contradicen (Wahl, 1981, 485). Se ha indicado, para sintetizar este proceso, que: “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta” (Zagrebel'sky, 1995, 40).

Conviene advertir que en el Estado constitucional, que es el Estado de las actuales sociedades pluralistas, complejas y pluricéntricas, la unidad, coherencia y jerarquía del ordenamiento jurídico no pueden concebirse como un presupuesto de partida sino como una meta a alcanzar. En el Estado constitucional se da una heterogeneidad de factores e instancias sociales

que influyen en la producción del derecho. De ahí, que la unidad coherencia y jerarquía del sistema jurídico no pueda concebirse como corolario de un único principio dominante del que mecánicamente se derivan todos los demás. En el Estado constitucional, que es el Estado de una “sociedad abierta”, el sistema jurídico y sus postulados básicos reclaman del intérprete de la Constitución una actitud abierta que sustituya el monopolio metodológico, por un pluralismo metódico. El proceso hermenéutico constitucional aparece, por tanto, como “instancia crítica”, siempre abierto a nuevos planteamientos e innovaciones, que lejos de cristalizar en un sistema de categorías cerradas y estáticas, sea un proceso dinámico basado en alternativas prácticas y en un pensamiento de posibilidades (*Möglichkeitsdenken*) (Häberle, 1980, 1ss.; 45ss. *cfr.* Pérez Luño 1995a, 305 ss.).

La tesis sobre la primacía de la Constitución, aducida por los defensores del Estado constitucional como uno de sus rasgos informadores, se halla avalada por el propio desarrollo de los sistemas constitucionales. Conviene no resbalar sobre el hecho de que nuestra vigente Constitución cuando proclama, en su art. 9.1, el “principio de legalidad” lo hace en términos de “principio de constitucionalidad”, al prescribir expresamente la sujeción de todos los ciudadanos y los poderes públicos “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (sobre el alcance de este principio, *vid.* Pérez Luño, 1994, 37 ss.).

Asimismo, la primacía de la Constitución ha sido invocada, con rotundidad, en diversos fallos del Tribunal Constitucional, que en una de sus primeras decisiones no dudaba en proclamar que: “la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal” (STC, 80/1982, FJ 1); y ha puntualizado que: “el carácter de norma suprema de la Constitución... imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales” (STC, 76/1988, FJ 3).

La supremacía de la Constitución, en opinión de nuestro máximo intérprete de la misma, opera plenamente respecto a la ley y a la propia actividad del legislador. Así se desprende de la decisión en la que de forma inequívoca señala que: “la voluntad y racionalidad del poder constituyente objetivadas en la Constitución no sólo fundan en su origen, sino que fundamentan permanentemente el orden jurídico estatal y suponen un límite a la potestad del legislador” (STC, 76/1983, FJ 4).

3.2. *De la reserva de ley a la reserva de Constitución*

El orto del Estado de derecho tuvo una de sus claves de bóveda en el principio de la *reserva de ley*, corolario de la división de poderes propugnada por Montesquieu. Dicho principio suponía atribuir exclusivamente al parlamento la definición, a través de normas generales y abstractas, de los aspectos básicos del *status* jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...).

Estimo de interés subrayar que la reserva de ley entrañaba una doble garantía: suponía, de una parte, que las materias jurídicas más importantes no serían reguladas por normas de ran-

go inferior a la ley; pero implicaba, al propio tiempo, una consciente “autolimitación” del legislador, o sea, que éste reservaría la ley a lo esencial, sin recurrir a ella más allá de lo necesario.

Esta situación experimentó un notable cambio con el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de derecho que supuso una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero la satisfacción de esa “procura existencial” (*Daseinvorsorge*), a través de las consiguientes prestaciones y servicios públicos, que distingue al *Welfare State* ha tenido su coste en términos de erosión del principio de legalidad. La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*). La multiplicación de intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Con ello, se disuelve la tradicional división de funciones entre el legislativo y el ejecutivo: las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se han visto, de forma paulatina, suplantadas por leyes medida (*Massnahmegesetze*) (Pérez Luño, 1993, 80 ss.).

La ampliación de las tareas de los poderes públicos que ha caracterizado al Estado social de derecho ha producido, en los actuales ordenamientos jurídicos un fenómeno que ha sido denominado, con razón, *hipertrofia legislativa* y, en el ámbito anglosajón, “contaminación legislativa” (*Legal Pollution*) determinado por un crecimiento sin límites de las normas legales que ha roto el equilibrio entre la producción normativa y la capacidad de su aplicación. La inflación normativa se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir el Derecho se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. En esas circunstancias no son sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas -funcionarios administrativos, jueces o abogados- tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho (Pérez Luño, 1994, 61 ss.).

Por todo ello la “reserva de ley” ha dejado de ser una garantía para regular el *status* normativo de las cuestiones jurídicas básicas y es preciso reemplazarla por la “reserva de constitución”. La “reserva de constitución” no implica que el legislador ordinario usurpe el papel que incumbe al constituyente, ya que -como advirtió nuestro Tribunal Constitucional- “lo que las Cortes no pueden hacer es colocarse en el mismo plano del poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo en el caso de que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente” (STC, 76/1983, FJ 4; *cf.*: Cruz Villalón, 1983, 185 ss.). Pero, como se desprende del último párrafo del fallo reseñado, existen ámbitos en los que la Constitución puede atribuir al parlamento “alguna función constituyente” para el desarrollo de cuestiones constitucionales básicas; una de ellas, y no la de menos importancia, el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales.

Es obvio que la integración en los textos constitucionales de la disciplina *in extenso* de todas esas cuestiones jurídicas básicas ampliaría su contenido hasta extremos inadmisibles. Pa-

ra evitarlo los Estados constitucionales del presente cuentan con unas normas especiales, que si *formalmente* son leyes o “super-leyes”, por exigir para su aprobación mayorías parlamentarias reforzadas, *materialmente* se integran de lleno en el bloque de la Constitución, al implicar el desarrollo de algunos de sus aspectos nucleares. La Constitución española, contando con el precedente del art. 46 de la francesa de 1958, reserva a unas super-leyes, denominadas “leyes orgánicas”, el desarrollo de los derechos fundamentales, aprobación de los Estatutos de Autonomía y régimen electoral general y las demás previstas por la Constitución (art. 81.1) (*vid.*, sobre ello, Chofre, 1994; así como las SSTC, 5/1981; 38/1983; 76/1983; 25/1984 y 137/1986).

3.3. *Del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad*

Uno de los presupuestos insoslayables informadores del Estado de derecho es el de la sumisión de la actividad de los poderes públicos al control de tribunales independientes. En el Estado de derecho la garantía jurídica del *status* de los ciudadanos se desglosa en dos instancias fundamentales: 1) una *estática*, conformada por la definición legal de los derechos y deberes cívicos, así como de las competencias y procedimientos operativos de la Administración; 2) y otra *dinámica*, que se materializa en la justiciabilidad de la Administración, es decir, en la posibilidad de que los ciudadanos puedan plantear ante los tribunales sus quejas, por eventuales transgresiones de la legalidad por parte de los poderes públicos en aquello que suponga lesión de sus derechos.

En los países europeos continentales ese control de los tribunales se realiza a través de una jurisdicción especial; la jurisdicción contencioso-administrativa. La transformación del Estado liberal en Estado social de derecho, con la consiguiente ampliación de las tareas administrativas, otorgó un protagonismo creciente a esa jurisdicción hasta el punto de que esa forma de Estado de derecho pudo ser calificada de “Estado de derecho administrativo” (*cf.*: Strauch, 1978, 2, 525 ss.). Paralelamente tomó cuerpo una tendencia doctrinal, de la que Carl Schmitt fue el exponente más relevante, que no cuestiona el control jurisdiccional de la sumisión de los poderes públicos a la legislación ordinaria; pero discute que ello sea predicable de su vinculación a la norma constitucional, por el carácter indeterminado y programático de las normas constitucionales, cuya aplicación es más propia de decisiones políticas que incumben a los parlamentos o al gobierno que de controles jurisdiccionales. El control jurisdiccional de constitucionalidad, en cualquier caso, no tendría significado jurídico. A tenor de una célebre tesis de Carl Schmitt: “Los *litigios constitucionales* auténticos son siempre litigios políticos” (1982, 146; *vid.*, también 49 ss. y 137 ss.).

Esta tendencia doctrinal, acogida en la práctica de numerosas jurisdicciones contencioso-administrativas, condujo a una paradoja insostenible: la admisión de un control jurisdiccional del acatamiento por parte de la Administración de normas de ínfimo rango normativo (decretos, órdenes, resoluciones...) sin que, simultáneamente, tal control se hiciese extensivo a su vinculación a la norma suprema en la jerarquía normativa, o sea, la Constitución.

Este fenómeno no se produjo nunca en los sistemas del *Common Law* en los que, como es notorio, se da una unidad de jurisdicciones y en los que se considera la Constitución, aunque

se trate de una constitución no escrita como la británica, como *Higher Law* con plena vinculación jurídica. Tesis que fue potenciada en Norteamérica a través de la institución de la *Judicial Review*, es decir, la competencia de los jueces ordinarios para declarar inconstitucionales las leyes (*cfr.*, por todos, Black, 1977).

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial se inicia en las democracias occidentales un paulatino proceso dirigido a hacer justiciable el contenido de las Constituciones y, en concreto, de los derechos fundamentales en ellas consagrados. Así, por ejemplo, el recurso de amparo de los derechos fundamentales a través de la denominada jurisdicción constitucional de la libertad (*Verfassungsbeschwerde*) constituye un elemento básico informador del arquetipo “Estado constitucional”. La jurisdicción constitucional de la libertad, según el modelo de la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania ha sido objeto de una amplia recepción, por vía ius-comparatista, en los Estados constitucionales de Europa occidental, así como en varias de las más recientes normas constitucionales de la Europa del Este (Häberle, 1996b, 172 ss.).

En ocasiones, el “activismo” de las propias instancias judiciales ha tenido mucho que ver con la atribución de plena normatividad a las Constituciones. Resulta ilustrativa, al respecto, la decisión del *Conseil Constitutionnel* francés del 16 de julio de 1971. Tras la toma de la Bastilla -comenta irónicamente el profesor Rivero- al pueblo francés le agrada hacer sus revoluciones en el mes de julio. En este caso la revolución se realizó en cuatro palabras: “Vu la Constitution et notamment son Préambule”. De un sólo golpe la Declaración de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República... quedaron integrados en la Constitución francesa, que duplicó su volumen y adquirió plena normatividad gracias a la decisión del *Conseil Constitutionnel* (Rivero, 1981, 662; *vid.* también, Lucas Verdú, 1994, 65 ss.).

Por lo que atañe a nuestra experiencia constitucional merece destacarse la decidida actitud de un amplio sector doctrinal (*Vid.*, entre otros, Alzaga Villaamil, 1996; Cascajo, 1983; 1984; De Castro Cid, 1980; García de Enterría, 1981; Peces-Barba, 1995; Prieto Sanchís, 1990...) y del propio Tribunal constitucional tendente a reconocer pleno valor normativo a nuestra Ley de leyes de 1978.

Nuestro máximo intérprete de la Constitución no ha dudado en proclamar desde sus primeras decisiones, el carácter normativo y vinculante del texto de 1978, invalidando la tesis de los órganos jurisdiccionales, en particular del Tribunal Supremo, que mediante el recurso a la denominada “*interpositio legislatoris*”, es decir, a la necesidad de un desarrollo por parte del legislador de los preceptos constitucionales con la consiguiente negación de su normatividad inmediata. Saliendo al paso de esa tesis, que de haber prosperado hubiera condenado a la inoperancia a gran parte del catálogo de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no dudó en afirmar que frente al argumento de que “los preceptos constitucionales no son de aplicación inmediata, sino que han de ser objeto de un desarrollo positivo posterior... debe señalarse que los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución), y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos” (STC, 21/1981, FJ 17). Tesis corroborada en un fallo subsiguiente

te en el que, de forma tajante, el Tribunal Constitucional proclama: “La Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento... por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales” (STC, 16/1982, FJ 1).

No obstante, el Tribunal Supremo ha opuesto una tenaz resistencia a abdicar de la tesis de la *interpositio legislatoris*. Para comprobarlo baste recordar que, todavía, en el año 1993 el Tribunal Constitucional tenía que invalidar esa línea argumentativa. Se trataba del reconocimiento del derecho de los ciudadanos al acceso a sus datos personales informatizados en registros públicos. Conviene recordar, como antecedente del fallo de nuestro máximo intérprete constitucional, la célebre Sentencia del 12 de diciembre de 1983 del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, que a instancia de los Verdes, declaró parcialmente inconstitucional la Ley del Censo de Población que obligaba a los ciudadanos germanos a suministrar datos personales para fines estadísticos. En dicha decisión jurisprudencial se reconocía el derecho a la “autodeterminación informativa”, hasta entonces invocado por la doctrina jurídica, y concretado en la facultad de todo ciudadano de las sociedades democráticas de determinar: quién, qué, cuándo y con qué motivo puede conocer datos que le conciernen. La doctrina germana ha calificado a la Sentencia sobre la Ley del Censo de Población de “Sermón de la Montaña” en materia de protección de datos personales (*cf.* Pérez Luño, 1987, 126). En esa línea de lenguaje metafórico evangélico, entiendo que pudiera apelarse de Sentencia del “Buen Samaritano”, la decisión de nuestro Tribunal Constitucional 254/1993 de 20 de Julio. En ella el TC reconoce y ampara el derecho de los ciudadanos a conocer los datos personales que les conciernen y se hallan registrados en archivos informatizados administrativos. Esta decisión tuvo como antecedentes las Sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de Febrero de 1989 y del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 30 de Abril de 1990, que habían desestimado el acceso de un ciudadano a sus datos personales incluidos en archivos automatizados de la Administración del Estado, alegando la falta de desarrollo legislativo del Convenio europeo de protección de datos personales. Frente a esas sucesivas denegaciones del acceso a los datos personales, basadas en una motivación que metafóricamente pudiera calificarse de “farisáica” y “levítica” el TC actuó en este supuesto como un “Buen Samaritano”. La del TC se mueve en un doble plano argumentativo: 1) De un lado, acoge la dimensión positiva del derecho a la intimidad como facultad de control sobre los datos relativos a la propia persona. Acepta también expresamente, por vez primera, las nociones de “libertad informática” y *habeas data*, como integrantes de la garantía de la intimidad frente a la informática consagrada en el art. 18.4 CE (FJ 7). Estos conceptos y categorías han sido ampliamente utilizados por la doctrina y jurisprudencia extranjeras en materia de protección de datos personales y estimo que me incumbe una cierta responsabilidad en su difusión en nuestra experiencia jurídica; 2) El otro aspecto nuclear de ese fallo reside en la reafirmación por parte del TC de su doctrina tendente a reconocer la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, en este caso de la libertad informática que dimana del art. 18.4 CE, sin que sea necesaria una *interpositio legislatoris*, es decir, un desarrollo legislativo, para su plena eficacia (FJ 6). El TC estima que el cumplimiento o no por los poderes públicos de los tratados internacionales, en particular del Convenio europeo de 1981, es independiente para asegurar la protección de los dere-

chos fundamentales establecida en el art. 53.3 de la CE (FJ 5). De lo que implícitamente se infiere que el TC no cuestiona la plena incorporación del Convenio europeo al ordenamiento jurídico español, en virtud del art. 96.1 de la CE, y su plena eficacia; a lo que, por otra parte, también sería de aplicación su propia jurisprudencia impugnatoria de la *interpositio legislatoris* en materia de derechos fundamentales. Tesis que se corrobora por la expresa llamada del TC, apoyándose en el art. 10.2 CE, al Convenio como cauce para configurar el sentido y alcance de la libertad informática consagrada en el art. 18.4 de la CE (Pérez Luño, 1996b, 49 ss.).

4. EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO ALTERNATIVA AL ESTADO DE DERECHO

Entre las teorías del derecho que han contribuido a la difusión presente del término “Estado constitucional” deben consignarse aquellas que, desde una actitud radical, lo consideran como una categoría distinta e incluso contrapuesta a la noción de Estado de derecho. Como quiera que la fortuna actual de la expresión “Estado constitucional” se debe, en buena medida a estos planteamientos, parece oportuno aludir a algunas de sus premisas teóricas más significativas.

4.1. El Estado constitucional como Estado parlamentario: tesis de Martin Kriele

Para Martin Kriele, voz representativa de esa tendencia, el Estado de derecho y el Estado constitucional son categorías que no pueden confundirse en función de motivos que, entiendo, cabe sintetizar en los siguientes:

a) Su *origen*, ya que ambos tipos de Estado son la consecuencia de dos tradiciones iusnaturalistas diferentes que conducen a dos formas jurídico-políticas, asimismo, distintas. El Estado de derecho supuso la culminación del iusnaturalismo racionalista alemán que parte de una concepción universal y atemporal de las normas integradoras del derecho natural. “El derecho natural que subyace al Estado de derecho tiene la forma de un sistema en el cual se derivan consecuencias a partir de premisas *-ex principiis derivationes-*” (1980, 147). Por contra, en el Estado constitucional, tal como se expresa en la tradición británica del *Rule of Law*, se parte del “concepto de que el derecho se desarrolla dialécticamente conforme a las reglas procesales, a medida que el pueblo tiene experiencia de los defectos del derecho existente” (1980, 142). En abierta oposición al fundamento universalista abstracto y ahistórico del Estado de derecho, el Estado constitucional se concibe como un proceso inacabado que se manifiesta en la historia. Mientras el Estado de derecho tiene tras de sí un modelo doctrinal que concibe el derecho como un sistema jerárquicamente ordenado, “la idea de *Rule of law* solo podía formarse sobre el trasfondo de la *realidad* política de la *legislación parlamentaria*, que estaba orientada de hecho por la dialéctica del proceso judicial” (1980, 147; *cfr.* también 1976, 60 ss. y 191 ss.).

El intento de Hegel de desarrollar el derecho natural a partir de la dialéctica de la sociedad quedó frustrado al expresarse en una realidad histórica ajena al parlamentarismo. Hegel concebía la filosofía como la captación racional de la realidad. “Pero esto significa que la razón

encarnada en el Estado prusiano formaba el límite superior para la razón de la filosofía política hegeliana” (1980, 148).

b) El *fundamento* del Estado de derecho reposa en una decisión del soberano, sea el monarca o el pueblo. Esa idea es opuesta a la que inspira el Estado constitucional de acuerdo con la tradición del parlamentarismo británico, a tenor de la máxima: “*Rule of law and not of Men*”. En el Estado constitucional se da una conexión indisoluble entre el derecho y el poder: el poder estatal crea el derecho y lo impone, pero el derecho fundamenta, limita y legitima el poder estatal. En el Estado constitucional el poder se basa en un orden jurídico cuya principal meta radica en la tutela de los derechos humanos. Como corolario de todo ello el Estado constitucional aparece como la fórmula jurídico-política que garantiza la soberanía del derecho; mientras que “la idea de un soberano es dinamita revolucionaria para el Estado constitucional” (1980, 151).

c) El *método* propio del Estado de derecho fue, a partir de la segunda mitad del S. XIX, el “positivista”, no obstante las originarias raíces iusnaturalistas de ese tipo estatal. La progresiva implantación del método iuspositivista, postulador de una neta separación entre la moral y el derecho, tuvo su consiguiente reflejo en la pérdida de la virtualidad legitimadora del Estado de derecho. La radical separación entre el “ser” y el “deber ser”, priva de respuesta a la pregunta sobre el fundamento real e histórico de las normas e instituciones. El método positivista propio del Estado de derecho en aras de un marcado formalismo jurídico expulsó de la teoría del Estado a la política y a la ética por ser “acientíficas”. Frente a la concepción del Estado de derecho como Estado de mera legalidad formal, el Estado constitucional reclama una actitud metódica capaz de “coordinar aspectos que sin ella quedarían inconexos: a saber la comprensión profundizada de las instituciones jurídicas estatales y sus fundamentos de legitimidad” (1980, 10).

4.2. *El Estado constitucional como Estado de la sociedad abierta: tesis de Peter Häberle*

En Peter Häberle, otro de los grandes adalides del Estado constitucional en la hora presente, la alternativa entre éste y el Estado de derecho no se plantea de modo tan explícito como en Martin Kriele, pero implícitamente es un rasgo caracterizador de su teoría. Para Häberle el Estado constitucional es un arquetipo jurídico-político en el que los poderes públicos se hallan conformados y limitados por el derecho a través de principios constitucionales formales y materiales: los derechos fundamentales, la función social de las instituciones, la división de poderes y la independencia de los tribunales. Se trata de una forma de Estado en la que existe una legitimación democrática y un control pluralista del poder político y también de los poderes sociales (1980, 289; 1996a, 148 ss.; 1996b, 153 ss.; 1996c, 180 ss.). En definitiva, para Häberle, el Estado constitucional es el tipo-ideal de Estado propio de la sociedad abierta: “*Verfassungstaat ist idealtypisch der Staat der offenen Gesellschaft*” (1980, 289).

Frente al formalismo caracterizador del Estado de derecho, Häberle sostiene que en Estado constitucional la Constitución no aparece entendida sólo como un conjunto de formas nor-

mativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro. La dimensión cultural de las Constituciones, entendidas como algo vivo, es una realidad conformada en gran parte por los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta. Las Constituciones son aspectos básicos de la expresión y transmisión de la cultura y, por tanto, son vehículos idóneos para la reproducción y recepción de experiencias culturales y soluciones jurídico-políticas. De ahí, la importancia que Häberle atribuye a los preámbulos y a los símbolos constitucionales en cuanto señas de identidad y elementos definitorios de la sociedad abierta sobre la que se construye todo Estado constitucional (1982; 1987; 1994; *cfr.*: Lucas Verdú, 1993; Pérez Luño, 1995b; 1996a, 22 ss.).

La doctrina de Häberle supone, al propio tiempo una revalorización de los principios como fuentes del derecho, frente a la reducción de todo el derecho a la ley propia del positivismo jurídico. Esta tesis se manifiesta, de forma nítida, en uno de los empeños teóricos que ha contribuido en mayor medida a perfilar y difundir la concepción doctrinal de Häberle. En los últimos años el profesor Bayreuth ha acuñado la expresión “Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)”. El DCCE se halla integrado por “un conjunto de principios constitucionales “particulares” que resultan “comunes” a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no” (1996c, 191). Se trata, por tanto, de una concepción que, en abierta polémica con los postulados básicos del positivismo jurídico, se halla basada en principios que pueden trascender al derecho positivo.

4.3. *El Estado constitucional como antítesis del positivismo jurídico: tesis de Gustavo Zagrebelsky*

No parece aventurado atribuir a Gustavo Zagrebelsky la versión más fuerte de los empeños teóricos dirigidos a reputar al Estado constitucional una alternativa al Estado de derecho. Zagrebelsky acepta expresamente la concepción de Häberle del Estado constitucional como Estado de la sociedad abierta y pluralista. Pero pone mayor énfasis en la crítica a los presupuestos ideológicos del Estado de derecho, o sea, el positivismo jurídico decimonónico. Esa concepción fue responsable, según sostiene Zagrebelsky, de haber elaborado una teoría del orden jurídico como un sistema rígido y cerrado que reducía la juridicidad a la legalidad y en el que no había espacio para ninguna otra fuente jurídica. En manifiesta ruptura con todo ello el Estado constitucional supone la coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy se edifica la Constitución para poder lograr la unidad e integración del ordenamiento jurídico y, al propio tiempo, para ser compatible con una sociedad abierta y pluralista. Por ello, ninguno de esos valores y principios se deben interpretar como absolutos, sino que deben buscarse pautas hermenéuticas que garanticen su ponderación y concordancia (1995, 14 ss. y 21 ss.; 1992, 187 ss.; 1996b, 68 ss.; *cfr.* Ansuátegui Roig, 1993-1994, 113 ss.).

La doctrina del positivismo jurídico, entendida como ciencia de la legislación positiva, se tradujo en la “reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho -esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los ju-

ristas como un mero servicio a la ley, incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador” (1995, 33). El Estado de derecho entendido como mero Estado de legalidad positiva, pierde así su función legitimadora. El Estado constitucional, que parte de una teoría abierta y pluralista de las fuentes del derecho, se dirige a recuperar las funciones críticas y legitimadoras que el positivismo jurídico había expulsado de la teoría y la práctica del Estado de derecho. Entiende Zagrebelsky que si el positivismo jurídico no ha sido todavía abandonado en la teoría y en la práctica jurídica no es debido a su validez actual, sino a la adaptación de las ideologías jurídicas y a una cierta rutina intelectual de los juristas. “La supervivencia *ideológica* del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las había justificado” (1995, 41; 1996b, 62 ss.).

4.4. *Observaciones críticas*

Estas críticas tienen aciertos innegables. Por el rigor de sus planteamientos merecen ser estudiadas con la mayor atención intelectual. Por el carácter innovador de sus propuestas no se les debe escatimar el justiprecio positivo al que se han hecho acreedoras. Pero, porque inciden en algunos excesos y desconocen o descuidan cuestiones relevantes, deben ser matizadas en sus conclusiones.

Suscita cierta perplejidad, por aludir a un aspecto concreto, que Martin Kriele tras reputar la idea de soberanía, también la de la soberanía popular, como radicalmente incompatible con el Estado constitucional, define a ese Estado como Estado parlamentario. Soslaya así que, precisamente, las Cámaras parlamentarias tienen como función básica el servir de foros para el ejercicio de la soberanía popular por parte de sus legítimos representantes. La caracterización simplificadora del Estado de derecho como gobierno de los hombres y del Estado constitucional como gobierno de las leyes, no es ni histórica ni lógicamente admisible. Lo primero, porque el Estado de derecho nació para abolir el despotismo de los gobernantes y someterlos al imperio del derecho. Lo segundo, porque lo mismo en el Estado de derecho que en el Estado constitucional gobiernan las personas, aunque siempre en ambos sometidas al derecho. La diferencia radica en determinadas transformaciones acontecidas en sus respectivos ordenamientos jurídicos, como se tuvo ocasión de señalar *supra*. No se debe tampoco omitir que, frente a la identificación del Estado constitucional con el Estado parlamentario propugnada por Kriele, se postulan hoy tesis que reivindican la paulatina incorporación de formas de democracia directa como uno de los rasgos informadores del Estado constitucional, como habrá ocasión de exponer *infra*.

Más allá de la heterogeneidad de sus puntos de partida y de la diversidad de matices de sus planteamientos, las tesis que defienden la oposición entre el Estado de derecho y el Estado constitucional coinciden en dos ideas básicas: 1) La pérdida de la función de legitimidad del Estado de derecho, al quedar reducido a Estado de mera legalidad; 2) El rechazo del positivismo jurídico en cuanto ideología responsable de la involución del Estado de derecho y en cuanto teoría incapaz de explicar, de forma adecuada, los rasgos básicos de los sistemas jurídicos del presente.

i) En particular, la reducción del Estado de derecho a Estado de legalidad no puede ser asumida como un postulado indiscutible. Baste tener presente, para poner en cuestión ese aserto, la provechosa recopilación de estudios sobre el Estado de derecho llevada a cabo por Mehdi Tohidipur (1978) en la que se contienen aportaciones clásicas (Hermann Heller, Franz Neumann, Richard Thoma...) o recientes (Wolfgang Abendroth, Konrad Hesse, Werner Kägi, Ulrich Preuss...), que, por encima de sus heteróclitas concepciones, coinciden en algunos rasgos básicos que pudieran ser compendiados en la idea de que el Estado de derecho es un modelo político-jurídico de *legalidad legitimada* y de *legitimidad legalizada*. Lo primero, porque es un Estado cuyas leyes son expresión de la soberanía popular y se dirigen a la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos; lo segundo, porque el logro de esos valores se realiza a través de procesos normativos y conforme a la estructura organizativa de la división de poderes.

Es cierto que el Estado de derecho no ha sido inmune a intentos manipuladores tendentes a vaciarlo de esas exigencias y a convertirlo en una estructura acomodaticia susceptible de ser predicada e incluso de las manifestaciones políticas más ominosas del despotismo legal. Pero la experiencia histórica es pródiga en ejemplos de categorías jurídicas y políticas revestidas de fuerza legitimadora, que han sido víctimas de la perversión de las palabras y de la prevaricación del lenguaje tendentes a desposeerlas de su sentido auténtico para instrumentalizarlas en función de intereses ideológicos vergonzantes. Saliendo al paso de esas manipulaciones advirtió Elías Díaz en 1996, época en la que en España era particularmente oportuno hacerlo, que: “No todo Estado es Estado de derecho” (1966, se cita por 1975, 13); tesis reiterada, con las mismas palabras, 30 años más tarde en su contribución sobre el *Estado de derecho* incluida en el volumen dedicado a la *Teoría del Estado* en la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (1996, 63; *cf.* también, De Carreras Serra, 1996).

No es tampoco ocioso recordar que el célebre art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, considerada como uno de los textos fundacionales del Estado de derecho, proclamaba: “toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida carece de Constitución. El Estado de derecho es, a tenor de ello un Estado constitucional, pero no todo Estado que posee una Constitución es un Estado de derecho. Conviene recordar, en este punto la célebre tipología de las Constituciones debida a Karl Loewenstein, que opone las Constituciones *normativas*, aquellas que son “efectivamente vividas”, a las Constituciones *semánticas*, que son una especie de “disfraz” retórico de unas realidades del todo ajenas a las formas normativas constitucionales (1986, 216 ss.).

De las reflexiones expuestas y de otras que pudieran avanzarse en un análisis más demorado en pormenores se infiere que no parece admisible, ni hay razones convincentes para reducir el Estado de derecho a Estado de mera legalidad positiva.

ii) *La crítica al positivismo jurídico* constituye la otra actitud común a estas doctrinas. Como quiera que en las opciones básicas de la Filosofía y de la Teoría del derecho siempre me he decantado por el iusnaturalismo, no puedo ocultar mi coincidencia con alguna de esas críticas. Pero mi adhesión no puede ser total, porque estimo que algunas de esas impugnaciones enuncian verdades parciales y contradicen o soslayan hechos notorios.

La denuncia del positivismo jurídico, justificada respecto a su visión reduccionista del derecho circunscrito a la ley, omite determinadas contribuciones doctrinales positivistas que deben considerarse insoslayables en la conformación de algunos aspectos básicos del Estado constitucional. Así, la idea de la primacía de la Constitución tiene su soporte teórico indeclinable en la formación escalonada del orden jurídico, la célebre *Stufenbau der Rechtsordnung*, debida a Hans Kelsen. Se trata de la concepción normativa jerárquica, integrada y que reconduce la unidad del ordenamiento jurídico a una fuente suprema de validez: la norma fundamental (*Grundnorm*). Esa *reductio ad unum*, ese *principium unitatis* que aflora como una obsesión metódica del joven Kelsen (1905) y de la que nunca abdicará, ha sido un estímulo primordial para concebir el orden jurídico como una estructura unitaria y jerárquica en la que todas las normas derivan de la Constitución. La Constitución se convierte, por influjo del paradigma kelseniano, en el parámetro de la validez jurídica de todas las normas según que éstas sean o no conformes con aquella.

Es cierto que en el Estado constitucional el pluralismo y apertura de fuentes formales y materiales del derecho ha erosionado la concepción cerrada y estática de la primacía de la ley propia del Estado de derecho decimonónico, y que la primacía de la Constitución no puede concebirse como la mera reproducción de esas mismas notas. Pero sería injusto desconocer que uno de los cambios de rumbo más decisivos que marca la diferencia entre las ediciones de la *Reine Rechtslehre* de 1934 y 1960 consiste, precisamente, en haber completado la visión sincrónica de la estructura normativa predominante en la primera edición, por la diacronía que constituye la visión nuclear del ordenamiento jurídico en la segunda; en lenguaje kelseniano se trata de añadir a la nomoestática (*Rechtsstatik*) la nomodinámica (*Rechtsdynamik*). Kelsen no dudará en afirmar que: “que el sistema normativo que se presenta como ordenamiento jurídico tiene un carácter esencialmente dinámico” (“*Das Normensystem, das sich als eine Rechtsordnung darstellt, hat im wesentlichen einen dynamischen Charakter*”, 1960, 200).

No huelga advertir que pluralismo y apertura del ordenamiento jurídico no son nociones equivalentes a su dinamismo. Pero no es menos cierto que la dimensión diacrónica de los sistemas normativos constituye un estímulo para poder predicar el carácter plural y abierto de las normas.

No ha sido menor el aporte kelseniano a la conformación de la justiciabilidad constitucional. Sería injusto omitir, en este punto, la decisiva y admirable impronta de Kelsen en la elaboración del sistema de justicia constitucional *concentrado*, por oposición al control constitucional *difuso* norteamericano. El modelo de Hans Kelsen, consagrado por la Constitución austriaca de 1920 y perfeccionado tras la reforma de 1929, atribuía al Tribunal Constitucional el control centralizado y especializado de la constitucionalidad de las leyes y de los actos del gobierno. Asimismo, Kelsen contribuyó, en forma relevante, a afirmar el protagonismo del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución (*Hüter der Verfassung*) en su célebre polémica sostenida con Carl Schmitt en la etapa de la República de Weimar (1931).

En síntesis: al positivismo jurídico le incumbe una incuestionable responsabilidad de determinadas involuciones del Estado de derecho; recuérdese el célebre aserto kelseniano según el cual: “si se concibe el Estado como ordenamiento jurídico, todo Estado es un Estado de de-

recho, y este término aparece como un pleonismo” (1960, 314). Pero, paradójicamente, sin la sombra tutelar de Hans Kelsen, el más importante iuspositivista de nuestro siglo, determinados presupuestos teóricos y prácticos de la concepción actual del Estado constitucional resultarían inconcebibles.

5. ESTADO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

Las tesis que consideran al Estado constitucional como una alternativa al Estado de derecho y que, consiguientemente, abogan por la total superación de este último no son mayoritarias entre quienes hoy utilizan o apelan a aquella fórmula. Son frecuentes los planteamientos teóricos que establecen un nexo de continuidad entre ambas formas de Estado. Así, por ejemplo, Reinhold Zippelius no ha dudado en referirse al “Estado de derecho y constitucional” (“*Rechts- und Verfassungsstaates*”) (1991, 279); opción que, como indicaba al iniciar estas reflexiones, es la más difundida en la doctrina española. Pero estas posiciones doctrinales soslayan las importantes mutaciones jurídico-políticas que han tenido en la fórmula “Estado constitucional” su adecuado vehículo expresivo.

Frente a esa disyuntiva, entiendo que la relación entre el Estado de derecho y el Estado constitucional no es la de una *oposición externa* entre dos tipos diferentes o incompatibles de Estado, sino la *decantación interna* de la propia trayectoria evolutiva del Estado de derecho. Manuel García Pelayo supo salir al paso certeramente de los planteamientos doctrinales tendentes a identificar o a oponer ambas formas de Estado, ya que a su entender el Estado constitucional significa la culminación del proceso de desarrollo del Estado de derecho. “Empleando una famosa expresión escolástica, -escribe García Pelayo- referida a las relaciones entre gracia y naturaleza, podríamos, pues, decir que el Estado constitucional de derecho no anula, sino que perfecciona al Estado legal de derecho” (1992, III, 3029). Ese perfeccionamiento se opera, según García Pelayo, por el protagonismo incuestionable que asume en el Estado constitucional el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, que garantiza la plena normatividad y el carácter justiciable de la Constitución, la sumisión a la Constitución de los actos de los poderes públicos y resuelve los conflictos entre los órganos estatales.

Sin desconocer la importancia del papel que la jurisprudencia constitucional juega en esta nueva fórmula de Estado, al que ya se tuvo ocasión de aludir anteriormente, no puedo ocultar mi preferencia por un planteamiento generacional de esta cuestión. El enfoque que propongo tiende a establecer un paralelismo simétrico entre la evolución de las formas de Estado de derecho y la decantación de uno de sus ingredientes definitorios básicos: los derechos fundamentales. Este paradigma explicativo enfatiza la dimensión triádica del Estado de derecho, que ha sido sucesivamente liberal, social y constitucional; y correlativamente de los derechos fundamentales, que han evolucionado, asimismo, desde las libertades individuales, a los derechos económicos, sociales y culturales y, en el presente, a los derechos de la tercera generación.

A las tres generaciones de Estados de derecho corresponden, por tanto, tres generaciones de derechos fundamentales. El Estado liberal, que representa la primera generación o fase

del Estado de derecho, es el marco en el que se afirman los derechos fundamentales de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación del Estado de derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulen los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la *tercera generación* se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (*liberties' pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Cabría reputar esos cambios generacionales de los derechos humanos como cambios de paradigmas. Esa posibilidad incita a establecer una conexión entre las libertades de la tercera generación y los derechos y libertades propios del modelo “Estado constitucional”. Pero, además, la concepción generacional de los derechos humanos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de “deber ser”. Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo de su concepto. Faltos de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad. Cada generación aparece así aclarada y exigida por la situación humana que la reclamó, pero, al mismo tiempo, descubre su relativa insuficiencia de la que toma su punto de arranque la generación sucesiva. La nueva generación no es simplemente “otra” que la anterior, sino que, en cierto modo, es también la anterior, porque necesariamente ha debido tenerla en cuenta para completar sus insuficiencias y corregir sus errores. De esta forma evolucionan los derechos humanos en dirección al presente acumulando el pasado e integrándolo con cada innovación. La historia de los derechos humanos se revela, a la vez, como paradigma y como progreso constante (*cf.* Pérez Luño, 1991a, 139 ss.; 1991b, 203 ss.; 1996a, 14 ss.).

De acuerdo con esta hipótesis explicativa el Estado constitucional no sólo se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la Constitución, la reserva de Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que es también el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos de la tercera generación.

Definir el Estado constitucional como la tercera fase evolutiva del Estado de derecho, correspondiente a la tercera generación de derechos fundamentales entraña un valor añadido nada desdeñable: enlazar la explicación de este modelo de Estado con la realidad política y cultural sobre la que todo Estado se edifica. Porque, las distintas formas de Estado de derecho no han sido sólo el resultado de elaboraciones doctrinales, sin que ello suponga menospreciar la brillantez de esos empeños teóricos, ni de la mera transformación operada en los textos normativos de los sistemas jurídicos, sino que ha sido la respuesta histórica a determinados problemas y demandas de la sociedad política. Los derechos humanos, en su dimensión de aspiraciones y necesidades básicas, representan, en definitiva, el horizonte teleológico de valores que los tres tipos históricos de Estado de derecho se han propuesto garantizar.

Refuerza este planteamiento conectivo del Estado constitucional con los derechos de la tercera generación la apelación a un nuevo pacto social, o un pacto constitucional (*Verfassungsvertrag*), a la que se remiten determinadas posturas doctrinales para garantizar algunos de los derechos más emblemáticos de la tercera generación. Se indica así que la defensa de la paz, la protección de la calidad de vida y el medio ambiente o la garantía de la libertad informática, exigen el consenso básico de los ciudadanos y de los poderes públicos sobre esas materias que se reputan fundamentales para definir el entero sistema constitucional (Häberle, 1979, 438 ss.; *id.* 1980, 126 ss. y 287 ss.; Denninger, 1987, 268 ss.; Frosini, 1997, 26 ss. y 68 ss.; Losano, 1992, 52; Modugno, 1995, 75 ss.; Pérez Luño, 1991a; 1991b). Esta exigencia coincide con la reivindicación creciente de formas de democracia directa para una mejor garantía de los derechos y libertades y el consiguiente fortalecimiento del Estado constitucional. Las aportaciones tecnológicas que se derivan del fenómeno de la denominada “teledemocracia” (*cf.*: Arterton, 1987, Frosini, 1997; Fishkin, 1995; Pérez Luño, 1987; 1996b), abren importantes posibilidades de futuro para renovar y reforzar el soporte democrático del Estado constitucional. No se trata de abolir la democracia representativa, porque como se ha recordado oportunamente, ésta resulta imprescindible para asegurar la deliberación, mientras que la democracia directa es más eficaz para garantizar la participación (Fishkin, 1995, 50-51; *vid.*, también, Porrás Nadales, 1994; 1996). Por eso, para la plena garantía de los derechos y libertades en el marco del Estado constitucional no se debe optar por uno de esos tipos alternativos de democracia, sino que debe reforzarse su complementariedad. Por decirlo en términos de Luigi Ferrajoli: “En ausencia de democracia directa, en efecto, la democracia representativa únicamente puede valerse de un consenso vacío y pasivo y se halla expuesta a todas las aventuras y perversiones posibles. En ausencia de democracia representativa, la democracia directa está destinada a replegarse sobre sí misma, reproduciendo en su interior las formas de la representación y sucumbiendo a largo plazo por defecto de garantías jurídicas y políticas” (1995, 948).

Los avances teledemocráticos pueden estimular la progresiva implantación de experiencias de democracia directa para el ejercicio y garantía de los derechos de la tercera generación y para reforzar el clima participativo democrático del Estado constitucional, pero estas iniciativas no carecen de riesgos. Una Filosofía del derecho y una Teoría constitucional que no pretendan especular de espaldas a los apremios del presente, debieran aplicarse a responder a esos retos. Importa atender la lúcida observación de Jürgen Habermas cuando advierte que: “al desafío de la técnica, no se le puede responder sólo con la técnica” (Habermas, 1968, 118).

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiar de Luque, L. (1977): *Democracia directa y Estado constitucional*, EDERSA, Madrid.
- Alzaga Villaamil, O. (1996): *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, EDERSA, Madrid.
- Ansuátegui Roig, J. (1993-1994): “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, en *Derechos y Libertades*, vol. 2.
- Arterton, F. Ch. (1987): *Teledemocracy: Can Technology Protect Democracy?* Sage, Newberry Park, (California).
- Baldassarre, A. (1991): “Costituzione e teoria dei valori”, en *Politica del diritto*, pp. 639-657.
- Black, L. (1977): *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, Westport, Connecticut, 2ª ed.
- Böckenförde, E. W. (1995): *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin, 5ª ed.
- Cascajo Castro, J.L. (1983): “La tutela judicial reforzada de los derechos fundamentales y libertades públicas; los primeros recursos de amparo constitucional”, en el vol. col. *El Poder Judicial*, IEF, Madrid, t. I.
- Cascajo Castro, J.L. (1984): *El recurso de amparo*, en colab. con V. Gimeno, Tecnos, Madrid.
- Cascajo Castro, J.L. (1994): *Tratamiento automatizado de los datos de carácter personal*, en el vol. col. a cargo de J.M. Sauca, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 363-376.
- Cruz Villalón, P. (1983): “¿Reserva de Constitución?”, en REDC, III/9.
- Chofre, J. (1994): *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid.
- De Agapito Serrano, R. (1989): *Estado constitucional y proceso político*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca.
- De Carreras Serra, F. (1996): *El Estado de derecho como sistema*, CEC, Madrid.
- De Castro Cid, B. (1980): “Derechos humanos y Constitución”, en REP, n. 18.
- De Castro Cid, B. (1982): *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid.
- De Lucas, J. (1992): *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y derechos de las minorías*, Tecnos, Madrid.
- De Lucas, J. (1994): *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid.
- De Sousa Santos, B. (1995): *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York/London.

- Denninger, E. (1987): *El derecho a la autodeterminación informativa*, trad. cast. de A.E. Pérez Luño, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), a cargo de A.E. Pérez Luño, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid.
- Díaz, E. (1975): *Estado de derecho y sociedad democrática*, EDICUSA, Madrid, 6ª ed.
- Díaz, E. (1996): “Estado de derecho”, en el vol. col. *Filosofía Política II. Teoría del Estado, de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, ed. a cargo de E. Díaz y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid.
- Fishkin, J. (1995): *Democracia y deliberación*, Ariel, Barcelona.
- Frosini, V. (1986): *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano.
- Frosini, V. (1991): “Il nuovo diritto del cittadino”, en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5/6 maggio 1989), Giuffrè, Milano.
- Frosini, V. (1997): *La democrazia nel XXI secolo*, Ideazione, Roma.
- García de Enterría, E. (1981): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid.
- García Pascual, C. (1997): *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Edicions Alfons el Magnànim, Valencia.
- García Pelayo, M. (1991): “Estado legal y Estado constitucional de Derecho”, en *Obras Completas*, CEC, Madrid, vol. III.
- Häberle, P. (1979): *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Athenäum, Königstein.
- Häberle, P. (1980): *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein.
- Häberle, P. (1981): *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Alber, Freiburg/München.
- Häberle, P. (1982): *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2ª ed., 1996.
- Häberle, P. (1983): “Zeit und Verfassungskultur“ en: *Die Zeit*, (Schriften der Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung), 289 ss.
- Häberle, P. (1987): *Feiertagsgarantien als Kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin.
- Häberle, P. (1989): “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat”, en “Juristen Zeitung”, pp. 913 ss., reed. en el vol. col. a cargo de A. López Pina, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 260 ss.
- Häberle, P. (1994): *Europäische Rechtskultur*, Nomos, Baden-Baden, 1994.

- Häberle, P. (1996a): *Retos actuales del Estado constitucional*, trad. cast. de X. Arzoz, IVAP, Oñati.
- Häberle, P. (1996b): “Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica”, trad. cast. de E. Mikunda, en el vol. col. ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- Häberle, P. (1996c): “Derecho Constitucional Común Europeo”, trad. cast. de E. Mikunda, en el vol. col. ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- Habermas, J. (1968): *Technik und Wissenschaft als “Ideologie”*, Suhrkamp, Frankfurt A.M., (existe trad. cast. Tecnos, Madrid, 1984).
- Hassemer, W. (1984): *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. cast. de L. Arroyo y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona.
- Kelsen, H. (1905): *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Franz Deuticke, Wien.
- Kelsen, H. (1931): “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, en *Die Justiz*, vol. 6.
- Kelsen, H. (1960): *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 2ª. (existe trad. cast. de R. Vernengo, UNAM, México, 1979).
- Kelsen, H. (1979): *Allgemeine Theorie der Normen*, ed. a cargo de K. Ringhofer y R. Walter, Manzsche Verlag-und Universitätsbuchhandlung, Wien.
- Kriele, M. (1976): *Theorie der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2ª ed.
- Kriele, M. (1980): *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. cast. de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires.
- Kriele, M. (1982): *Liberación e ilustración. Defensa de los Derechos humanos*, trad. cast. de C. Gancho, Herder, Barcelona.
- Loewenstein, K. (1986): *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 4ª reimp., la 1ª ed. alemana data de 1957.
- Losano, M.G. (1992): *Para una teoría general de las leyes sobre la protección de los datos personales* en el vol. col. *Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información. Encuentro 1991*, Fundación Citema, Madrid.
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (1990): *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid.
- Lucas Verdú, P. (1993): *La Constitución abierta y sus “enemigos”*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid & Eurolex, Madrid.
- Lucas Verdú, P. (1994): *La Constitución en la encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)*, RACMP, Madrid.
- Modugno, F. (1995): *I ‘nuovi diritti’ nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Nieto, A. (1996): *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Ariel, Barcelona.

- Ollero, A. (1982): *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid.
- Peces-Barba, G. con la colaboración de De Asis, R, Fernández Liesa, C. R, y Llamas, A, (1995): *Curso de derechos fundamentales, (I). Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- Peña Freire, A. M. (1997): *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid.
- Pérez Luño, A. E. (1987): *Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N.T. de la información*, Fundesco, Madrid.
- Pérez Luño, A. E. (1991a): *Le generazioni dei diritti umani, en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991.
- Pérez Luño, A. E. (1991b): *Las generaciones de derechos fundamentales*, en "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", nº 10.
- Pérez Luño, A. E. (1993): *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla.
- Pérez Luño, A. E. (1994): *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 2ª ed.
- Pérez Luño, A. E. (1995a): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid; 5ª ed.
- Pérez Luño, A. E. (1995b): "El Derecho Constitucional Común Europeo: apostillas en torno a la concepción de Peter Häberle", en REP, nº 88.
- Pérez Luño, A. E. (1995c): *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 6ª ed.
- Pérez Luño, A. E. (1996a): "Derechos humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?", en el vol. col. a cargo de A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid.
- Pérez Luño, A. E. (1996b): *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona.
- Pérez Luño, A. E. (ed.), (1987): *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid.
- Pérez Royo, J. (1984): *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid.
- Porras Nadales, A. (1994): *Representación y democracia avanzada*, CEC, Madrid.
- Porras Nadales, A. (ed.), (1996): *El debate sobre la crisis de la representación política*, Tecnos, Madrid.
- Prieto Sanchís, L. (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.
- Rivero, J. (1981): "Rapport de synthèse" del Coloquio Internacional sobre *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, (Aix-en-Provence, 19-21 de febrero de 1981), en RIDC, n. 2.

- Rodotà, S. (1993): “Verso lo Stato costituzionale”, en *L'Indice dei libri del mese*, num. 3.
- Rubio Llorente, F. (1994): Recensión de la obra de G. Zagrebelsky, *Il Diritto mitte*, en REDC, XIV/40.
- Rubio Llorente, F. (1995): “Prólogo” al vol. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona.
- Sánchez Ferriz, R. (1993): *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona.
- Sánchez Jiménez, E., (1992): “Los derechos humanos de la tercera generación: la libertad informática”, Comunicación presentada al *III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho* (Mérida, septiembre 1992), en *Informática y Derecho*, 3.
- Schmitt, C. (1982): *Teoría de la Constitución*, trad. cast. de F. Ayala, Alianza, Madrid, la 1ª ed. alemana data de 1928.
- Sommermann, P. (1997): *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Stern, K. (1980): *Anwaltschaft und Verfassungsstaat*, C. H. Beck, München.
- Stern, K. (ed.) (1984): *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat. Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik*, C. H. Beck, München.
- Strauch, H.J. (1978): “Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit”, en la obra a cargo de M. Tohidipur, *Der bürgerliche Rechtsstaat, Suhrkamp*, Frankfurt a M., vol. 2.
- Tohidipur, M. (ed.) (1978): *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, Frankfurt a M., 2 vols.
- Wahl, R. (1981): “Der Vorrang der Verfassung”, en *Der Staat*, vol. 20.
- Zagrebelsky, G. (1992): “I diritti fondamentali oggi” en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXXII/1.
- Zagrebelsky, G. (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. de M. Gascón, Trotta, Madrid.
- Zagrebelsky, G. (1996a): *La crucifixión y la democracia*, trad. cast., Ariel, Barcelona.
- Zagrebelsky, G. (1996b): *Storia e Costituzione*, en el vol. col. a cargo de G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino.
- Zippelius, R. (1991): *Allgemeine Staatslehre*, C. H. Beck, München, 11ª ed.

EL NUEVO TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Herbert Petzold^(*)

I

Antes de fin de siglo, cincuenta años después de la creación del Consejo de Europa y cuarenta después de la constitución del actual Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Europa verá como se instala en Estrasburgo el nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Previsto en el Protocolo n° 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal reemplazará a las dos instituciones que, en la actualidad, velan por el respeto de los compromisos adquiridos por los Estados Parte en el Convenio: la Comisión y el Tribunal Europeos de los Derechos Humanos.¹ Los Estados Miembros del Consejo de Europa vuelven, de este modo, a los orígenes del movimiento que nos ha legado el Convenio y aceptan finalmente el proyecto adoptado en mayo de 1948 por el Congreso de Europa, que preveía la redacción de un Convenio Europeo de los Derechos Humanos aplicado por un Tribunal al cual tendrían acceso los particulares.²

El Presidente del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, mi estimado amigo Héctor Fix-Zamudio, ha seguido con estima e interés los trabajos del Consejo de Europa que finalizarán el próximo 1° de noviembre con la institución solemne del nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En numerosas ocasiones, hemos discutido con él los problemas a los

(*) Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Profesor de derecho internacional en la Universidad de Sarre.

1 Todos los Estados Parte han ratificado el Protocolo N° 11, que entrará en vigor el 1 de Noviembre de 1998.

2 Para conocer el proceso de reforma del mecanismo de control del Convenio, ver el informe explicativo del Protocolo N° 11, párrafos 1 a 25. Fueron de gran importancia para el proceso de reforma los trabajos del Segundo Seminario de Derecho Internacional y de Derecho Europeo de la Universidad de Neuchâtel (14 y 15 de Marzo de 1986). Ver también, O. Jacot-Guillarmod (ed.). "La fusión de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'Homme", Editions N.P. Engel. Kehl Strasbourg, Arlington 1987.

que nos afrontábamos y sus reflexiones y observaciones siempre me han impresionado por su fuerza y claridad. Sabe él sobradamente que hubiera deseado ofrecerle algo más que lo que a continuación expongo, sin embargo, sabrá perdonarme ya que igualmente sabe que, en este momento, en Estrasburgo reina una gran actividad.

1. La creación de un Tribunal único, llamado a reemplazar los órganos de control existentes, fue preconizada en marzo de 1985 por la delegación Suiza, ante la Conferencia Ministerial Europea sobre los Derechos Humanos. Esta iniciativa se hacía eco de una situación, de por sí afortunada, pero dramática en cuanto a sus efectos: en un círculo ampliado de Estados Contratantes, se ha incrementado el número de ciudadanos que, conocedores de los mecanismos que les ofrece el Convenio, se dirigen a Estrasburgo, con lo que la duración media de los procedimientos ha aumentado hasta llegar a más de cinco años.³ Quizás más importante aún fue el convencimiento casi general de que había llegado el momento de reemplazar el mecanismo de control del Convenio por un sistema plenamente judicial, en particular suprimiendo la competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa para decidir los asuntos que no se llevan ante el Tribunal (artículo 32 del Convenio).

2. Si bien hubo pronto un consenso sobre la necesidad de una reforma radical, las opiniones estaban divididas en torno a la forma que esta reforma debía adoptar. Dos concepciones se oponían: la que estaba en favor de la creación de un único Tribunal y la partidaria del establecimiento de un sistema a dos niveles, en el que la Comisión se convertía en un tribunal de primera instancia y el Tribunal actual, en un tribunal de apelación. Las discusiones y negociaciones fueron difíciles⁴ y si, en última instancia, la idea del Tribunal único prevaleció, sus defensores tuvieron que hacer ciertas concesiones que, con razón, se han juzgado reprobables.

II

3. El nuevo Tribunal, que funcionará de forma permanente (nuevo artículo 19 del Convenio) estará compuesto por un número de jueces igual al de Estados Contratantes⁵ (nuevo artículo 20). Los jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa por una duración de 6 años, con posibilidad de reelección⁶ (nuevo artículo 23 § 1). Su mandato terminará cuando alcancen la edad de 70 años (nuevo artículo 23 § 6). El Tribunal dispondrá de un secretariado; además, será asistido por letrados (“*référéndaires*”).

³ Desde la introducción de la demanda ante la Comisión hasta la decisión del Tribunal (artículo 50 del Convenio) o del Comité de Ministros del Consejo de Europa (artículo 32 del Convenio).

⁴ Ver A. Drzemczewski, “*A major overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol. No. 11*”, *collected Courses of the Academy of European Law, Volume VI, Book 2*, páginas 121-210.

⁵ Actualmente, el número de jueces corresponde al número de los Estados Miembros del Consejo de Europa (artículo 38 del texto actual).

⁶ Actualmente, el mandato es de nueve años.

4. Para el examen de los asuntos que le sean sometidos, el Tribunal actuará en varias formaciones diferentes: un comité de tres jueces, Salas de siete y una “Gran Sala” de diecisiete jueces (nuevo artículo 27 § 1). El juez elegido a título de un Estado parte en el litigio será miembro de pleno derecho de la Sala y de la “Gran Sala” (nuevo artículo 27 § 2); formarán asimismo parte de la “Gran Sala” el Presidente del Tribunal, los Vice-presidentes y los Presidentes de las Salas (nuevo artículo 27 § 3).

5. Podrán dirigirse al Tribunal los Estados Contratantes (*demanda interestatal*) y los individuos, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares (*demanda individual*): la competencia del Tribunal será obligatoria⁷ (nuevos artículos 33 y 34).

6. Un *Comité* podrá, mediante voto unánime, declarar inadmisibile o archivar una demanda individual, cuando tal decisión pueda tomarse sin ningún examen complementario; esta decisión será definitiva (nuevo artículo 28). Los criterios de admisibilidad no han cambiado en relación con el texto actual del Convenio (compárese el nuevo artículo 35 con los artículos 26 y 27 del texto actual).

Si la demanda no es rechazada por el comité, una Sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo del asunto (nuevo artículo 29 § 1). En cuanto a las “demandas interestatales”, tanto el examen de su admisibilidad, como el del fondo también corresponderán a las Salas (nuevo artículo 29 § 2). Si un asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave en relación con la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la resolución de una cuestión puede conducir a una decisión inconsistente con la jurisprudencia anterior del Tribunal, la Sala podrá renunciar a su jurisdicción en favor de la “Gran Sala”, a menos que una de las partes en el asunto se oponga (nuevo artículo 30).

7. Si el Tribunal declara la demanda admisible, seguirá el examen contradictorio del caso y se pondrá a la disposición de las partes a fin de conseguir que concluyan un acuerdo amistoso⁸ (nuevo artículo 38). Si este acuerdo se produce, el Tribunal ordenará el archivo del asunto (nuevo artículo 39); en caso contrario, el Tribunal decidirá si los hechos alegados revelan una vulneración de las exigencias del Convenio por parte del Estado demandado y, en caso afirmativo, acordará cuando proceda una satisfacción equitativa a la víctima (nuevo artículo 41, que corresponde al artículo 50 del texto actual).

8. Dentro de un plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia de la Sala, cualquiera de las partes en el proceso podrá, excepcionalmente, solicitar la transmisión del caso a la “Gran Sala”; una comisión de cinco miembros de la “Gran Sala” podrá aceptar la demanda, si el asun-

⁷ Hoy, la competencia de la Comisión Europea de los Derechos Humanos (artículo 25 del Convenio) y la del Tribunal (artículo 46) son facultativas, aunque actualmente todos los Estados Contratantes han reconocido el derecho de recurso individual y la jurisdicción obligatoria del Tribunal.

⁸ El Tribunal ejercerá, en este supuesto, las funciones que el artículo 28 del texto actual confía a la Comisión.

to plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o una cuestión importante de carácter general (nuevo artículo 43). Ningún juez de la Sala que ha dictado la sentencia, podrá formar parte de la “Gran Sala”, a excepción del Presidente de la Sala y del juez que participó en el asunto a título del Estado Parte implicado (nuevo artículo 27 § 3).

9. Como en la actualidad, los Estados Contratantes deberán cumplir las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en los que sean parte; la sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros del Consejo de Europa que supervisará la ejecución (nuevo artículo 46, que se corresponde con los artículos 53 y 54 del texto actual).

III

10. La competencia obligatoria y exclusiva del nuevo Tribunal en cuanto a la admisibilidad y al fondo de las demandas interestatales e individuales, la supresión de la competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa en la misma materia y el funcionamiento permanente del Tribunal, que fijará por sí mismo, en su reglamento, los detalles de su organización y de su procedimiento (nuevo artículo 26 d) son los elementos incontestablemente positivos de la reforma.⁹

Menos satisfactorias y más discutibles son ciertas innovaciones al actual texto del Convenio, como las que reducen el mandato de los jueces de nueve a seis años y fijan la edad máxima a 70 años en lugar de a 72 ó 75. Aún más criticables, ciertamente, son las reglas que permitirán a las partes oponerse a la decisión de la Sala de renunciar a su competencia en favor de la “Gran Sala” y la transmisión del asunto a la “Gran Sala”, una vez que la Sala ha dictado sentencia.¹⁰ Es cierto que la disponibilidad de este recurso solo se prevé “en casos excepcionales” (nuevo artículo 43 § 1) y que no se trata, en absoluto, de un sistema de apelación ordinario.

⁹ Son incontables los escritos y artículos relativos al Protocolo N° 11, entre ellos destacan los cinco siguientes: J.A. Frowiem, “*La mise en oeuvre de la réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des Droits de l’Homme*”, informe del 8° Coloquio Internacional sobre el Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Budapest, 20-23 de Septiembre de 1995), *Editions du Conseil de l’Europe* 1996, páginas 159-181; O. Jacot-Guillarmod, “*Observations sur quelques critiques récentes adressées au Protocole N° 11 à la Convention européenne des Droits de l’Homme*”, comunicación escrita presentada en el Coloquio mencionado, *op. cit.*, páginas 182-197; H. Petzold, “*La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des Droits de l’Homme par le Protocole n° 11*”, *Cahiers du CREDO* n° 3; F. Sudre, “*La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des Droits de l’Homme: Le Protocole 11 additionnel à la Convention*”. *La Semaine juridique*, Paris, N° 21-22, 24 de Mayo de 1995, páginas 231-240.

¹⁰ Al respecto, J.A. Frowein (*op. cit.*, páginas 177-178) preconiza que se pregunte a las partes, en una de las etapas iniciales del procedimiento, si desean oponerse a una posible renuncia de la Sala, sin decirle que ésta pretende transmitir el asunto a la “Gran Sala”. Esta práctica permitirá a la comisión de la “Gran Sala” decidir con total libertad, cuando examinará una demanda transmitiéndole el asunto después de la sentencia de la Sala.

No obstante, estas disposiciones del Protocolo N° 11 constituyen un riesgo para el éxito de toda la reforma, si el nuevo Tribunal y las partes no se atienen escrupulosamente a la naturaleza extraordinaria de dicho recurso. El Tribunal, en todo caso, dispondrá de un medio eficaz en esta materia: el control de la admisibilidad de toda demanda de transmisión por la comisión de cinco jueces de la “Gran Sala”, la cual podría estar compuesta perfectamente del Presidente del Tribunal y de los Presidentes de las Salas¹¹ (nuevo artículo 43 § 2). Si las partes, especialmente aquellas que no hayan ganado el caso ante la Sala, podrán tener la tentación de utilizar la demanda de transmisión como un simple medio para apelar, el Tribunal, cabe esperar, velará para no permitir que se mine la autoridad de sus Salas con una actitud de complacencia hacia estas tentativas.

IV

11. La discusión de la reforma radical del mecanismo de control del Convenio empezó más de cuatro años antes de la caída del muro de Berlín. En aquel momento, veintiún Estados habían ratificado el Convenio, dieciséis de ellos habían reconocido el derecho al recurso individual y dieciocho habían aceptado someterse a la jurisdicción obligatoria del Tribunal. Hoy, contamos con cuarenta Estados Contratantes que han aceptado la competencia de la Comisión en materia de demandas individuales y la jurisdicción del Tribunal: otros cinco Estados llaman a la puerta del Consejo de Europa.¹² La comunidad de los Estados Parte en el Convenio se extenderá entonces del Atlántico al Pacífico; con la adhesión de Rusia al Convenio, se ha convertido en el vecino directo de China y de Japón.¹³ Ni que decir tiene que la reforma no podrá ceñirse al Protocolo N° 11. En el futuro, habrá que repensar todo el sistema, sin prejuicios ni tabúes, y, en particular, reflexionar sobre si no hará falta reconsiderar los criterios de admisibilidad de las demandas, si se podrá continuar exigiendo al Tribunal que motive cada decisión por la que declare una demanda inadmisibile (nuevo artículo 45).

Ha llegado el momento de abrir un debate sobre este problema; de ello depende el futuro del sistema de protección de los derechos garantizados por el Convenio.¹⁴

11 El Tribunal fijará, por sí mismo, la composición de esta comisión.

12 Armenia, Georgia, Azerbaijan, Bosnia-Herzegovina y la República Federal de Yugoslavia.

13 La Federación de Rusia ratificó el Convenio por su Protocolo N° 11 el 5 de Mayo de 1998. Con ella, el número de Estados Contratantes se eleva a cuarenta.

14 Ver H. Petzold, “*La réforme continue: l’avenir de la nouvelle Cour européenne des Droits de l’Homme*”. *Mélanges Ryssdal, Colonia 1998* (en imprenta).

DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

EL AMPARO CONTRA PARTICULARES COMO UN INSTRUMENTO PROCESAL PARA LA DEFENSA DE ESOS DERECHOS^(*)

(LA EXPERIENCIA COSTARRICENSE)

Rodolfo E. Piza Rocafort^(**)

TEMARIO: A MANERA DE PRÓLOGO. INTRODUCCIÓN: LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA. 1. EL SENTIDO TELEOLÓGICO DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES. 2. VALOR Y EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES: A) Proceso histórico de afirmación del amparo frente a particulares (breve referencia); B) Eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares. 3. EL AMPARO CONTRA PARTICULARES ES UN

^(*) El texto corresponde a la versión escrita completa, apenas corregida, de la charla dictada en el Seminario auspiciado por CIAPA, bajo el título general "LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE EL NUEVO SIGLO" en el mes de junio de 1997, adaptada para el Libro homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio.

^(**) El autor es abogado y Director del Instituto de Enseñanza e Investigaciones de la Universidad Autónoma de Centro América (UACA) en Costa Rica. También es profesor de Derecho Constitucional, Administrativo e Internacional de los Derechos Humanos, en los cursos de doctorado de la UACA (en convenio con la Carlos III de Madrid) y hasta hace poco de la ULACIT (en convenio con la Complutense de Madrid). Es también Presidente de la Asociación Nacional de Fomento Económico (ANFE). En el pasado, ha ejercido como Asesor legislativo, como Investigador del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, como Canciller y Vicerrector de la UACA, como Embajador Alterno de Costa Rica ante las Naciones Unidas en Nueva York, y como Director de Reforma del Estado de los Ministerios de la Presidencia y de Planificación en Costa Rica. Es Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, de la que también es Especialista en Derechos Humanos. Es autor de 4 libros de Derecho, y más de una veintena de artículos monográficos. Actualmente funge como Presidente Ejecutivo de la Caja Costarricense de Seguro Social.

AMPARO, AUNQUE DE NATURALEZA ESPECIAL. 4. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA: A) Frente a sujetos privados que se encuentren en una posición de poder; B) Frente a actos para los que los remedios jurisdiccionales comunes resulten insuficientes o tardíos; C) El objeto del amparo contra particulares (derechos tutelados); D) Sujetos legitimados en el amparo contra particulares; E) El plazo para la interposición del recurso; F) Procedimiento de admisión y rechazo de plano o por el fondo; G) Procedimiento del amparo contra particulares y supletoriedad de las normas aplicables al amparo contra autoridades públicas; H) Sentencias y otros modos de terminar el amparo contra particulares. A MODO DE CONCLUSIÓN.

A MANERA DE PRÓLOGO

Sean mis primeras palabras expresión de homenaje y gratitud al Profesor Dr. Héctor Fix-Zamudio, destacado procesalista mexicano, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y enamorado de la libertad. Su trabajo pionero sobre “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos” recogido en la obra colectiva “Veinte años de evolución de los derechos humanos” en 1974, desarrollado y puesto al día tantas veces desde entonces, ha sido fuente de inspiración para los que hemos seguido la senda de lo que Mauro Cappelletti llamó la “jurisdicción constitucional de la libertad” (título de la obra del profesor italiano que el propio Fix-Zamudio tradujo en 1961). La aplicación posible de un amparo contra particulares ha formado parte de su preocupación permanente por construir un “verdadero juicio de amparo latinoamericano”. La experiencia costarricense, junto con la más añeja experiencia argentina, puede servir de guía para esa construcción, y de esa experiencia trata el ensayo que sigue.

INTRODUCCIÓN: LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

Siempre he creído que, sin perjuicio del papel insustituible del legislador en una democracia, el derecho verdadero y sostenible es el que evoluciona y se construye, más que a golpe de leyes, a golpe de sentencias. De sentencias que descubren los principios jurídicos y que asumen, matizan o inflexionan las costumbres que nacen del seno social a partir de conflictos humanos que se plantean ante los tribunales, para que ellos los resuelvan. Allí, en la jurisprudencia, en la doctrina que se decanta de las resoluciones judiciales, vive el Derecho.

Empiezo, pues, por la jurisprudencia, por el Derecho vivo, el de nuestra Sala Constitucional sobre el Amparo contra Particulares:

1. La Sala Constitucional ha establecido que una Cooperativa, un Partido Político, un equipo de fútbol, una Asociación, una Escuela, un sindicato o una empresa no pueden expul-

sar a uno de sus asociados, deportistas, miembros o estudiantes, socios, sin un DEBIDO PROCESO BÁSICO (sin audiencia y defensa). Más de diez sentencias establecen el principio, aunque hay contradictorias que lo niegan o lo pasan por alto.

2. La Sala Constitucional ha establecido que un Partido Político no puede realizar unas elecciones internas violentando la “democracia” o discriminando entre sus partidarios. El caso más conocido fue el de las distritales del Partido Liberación Nacional, aunque después la misma Sala, abdicó en favor del Tribunal Supremo de Elecciones, el conocimiento de problemas equivalentes (y de fraude electoral) en ese mismo Partido.
3. La Sala Constitucional ha establecido que una Universidad o un Colegio Privado, no podían expulsar a un estudiante por el largo de su pelo. Sentencias #6506 c/ UIA y #2566-95 c/ Colegio el Rosario), aunque hay, al menos, cuatro sentencias que contradicen esa jurisprudencia.
4. La Sala Constitucional ha establecido que un Restaurante privado abierto al público no puede discriminar a sus comensales por motivos contrarios a la dignidad humana. Ver Sentencia #3134-93.
5. La Sala Constitucional ha establecido que un Colegio privado no puede negar certificación de notas a un estudiante porque no ha pagado; ni puede tampoco imponerle su credo religioso a un estudiante de un centro de enseñanza religioso. Casos del Colegio Metodista.
6. La Sala Constitucional ha dicho que una empresa privada no puede despedir a un empleado, aunque le pague las prestaciones, salvo motivo justificado, si es un dirigente sindical. Sentencia sobre Garantías Sindicales.
7. La Sala Constitucional ha establecido que una empresa privada no puede impedir el ingreso a una casa de la empresa, dentro de sus instalaciones, a un ex empleado de la empresa (pero legítimo poseedor de la vivienda en cuestión). Sentencia #171-90 c/Chiriquí Land Company.
8. La Sala Constitucional ha establecido que una empresa no puede contaminar un río o talar un bosque, sin cumplir los requisitos de Ley.
9. La Sala también ha dicho que un empresario no puede despedir a un empleado sin explicar por escrito los motivos del despido.
10. La Sala Constitucional ha establecido también que un teatro privado abierto al público, no puede negar acceso al mismo, a un crítico de cine y de teatro que previamente ha criticado las obras puestas en escena. Caso del Teatro La Máscara.

Casi todas estas sentencias han sido contradichas implícitamente por otras sentencias

que niegan o ignoran los criterios citados, salvo en tres o cuatro temas, en los que la Sala que ha mantenido incólumnes las tesis expuestas. Con todo, basta con las sentencias reseñadas para ilustrar el sentido práctico que puede tener el amparo contra particulares en nuestro país. Subrayo la palabra “puede”, porque en verdad la jurisprudencia de la Sala ha sido más bien excepcional en materia de amparo contra particulares. Excepcional porque en 1996, apenas el 0.5% de los recursos de amparo ingresados (de un total de 5.776) lo fue contra particulares (30 recursos). De ese total, apenas uno fue resuelto a favor. En el año 1990, sin embargo, de 89 amparos contra particulares (de un total general de 1375 amparos), 9 fueron acogidos por la Sala Constitucional.¹

En los casos citados, y algunos más que se escapan a los fines de esta presentación, la Sala ha reconocido, sin embargo, eficacia directa a unos derechos fundamentales que nacen de la Constitución y de los instrumentos internacionales de los derechos humanos y lo ha hecho, aunque no siempre consistentemente, a través de un instrumento procesal novedoso: EL AMPARO CONTRA PARTICULARES.

1. EL SENTIDO TELEOLÓGICO DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES

Ello ha provocado una verdadera REVOLUCIÓN JURÍDICA que nació de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley #7135 de 1989, artículos 57, siguientes y concordantes), y que ha venido a desarrollar, bien que limitadamente, la jurisprudencia de la misma Sala Constitucional.

De la jurisprudencia nació, por cierto, en Argentina, en 1958, en el “leading case” de Samuel Kot SRL, ante la ocupación de una fábrica por los obreros.

Nada hay -dijo la Corte Suprema Argentina-, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscrita a los ataques que provengan solo de la autoridad... -Lo importante- no es origen de la restricción ilegítima a cualquiera de los derechos fundamentales de la persona humana, sino estos derechos en sí mismos, a fin de que sean salvaguardados...

El legislador argentino, en cambio, vino a restringir o anular esa modalidad de amparo, a partir de 1966 con la promulgación de la Ley de Amparo. En Costa Rica, Colombia, Chile, Perú, Guatemala, Venezuela, sin embargo, el instrumento procesal fue obra del legislador y en algunos de esos países tiene rango constitucional. En todos ellos, el amparo constitucional frente a particulares, opera, como en Costa Rica, en forma restringida o limitada. En verdad, esta modalidad de amparo, no debe sustituir los procesos judiciales ordinarios, donde se ventilan normalmente los conflictos entre particulares, los que, a su vez, generalmente involucran dere-

¹ Ver FALLAS, Elena, *El Recurso de Amparo contra Particulares y el Derecho a la No Discriminación*, San José, ULACIT, 1997. Tesis doctoral que tuve el honor de dirigir.

chos fundamentales (aunque solo fuera de manera indirecta).

En otros países, no hay instrumento procesal específico (amparo) para la defensa de los derechos entre particulares, pero ello no significa que se niegue eficacia directa a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Tal es el caso paradigmático de Alemania y de España, donde hay amparo constitucional -contra las autoridades públicas-, pero no lo hay frente a los particulares. Al mismo tiempo, sin embargo, la protección de los derechos frente a los particulares, viene cubierta indirectamente por la atribución de las violaciones perpetradas -prima facie- por particulares, a la acción u omisión de los poderes públicos -particular pero no exclusivamente judiciales-. La protección constitucional -dispensada por el Tribunal Constitucional-, en tales casos, es una protección indirecta o vicaria, de manera tal que es normalmente la omisión del juez o de la autoridad pública en proteger un derecho de un particular frente a otro (tarea que a ellos corresponde legal o constitucionalmente), lo que convierte al juez o a la autoridad pública en autor (en realidad, "coautor"), de un acto transgresor de un derecho fundamental, y por ahí entra a jugar el amparo, solo que, en este caso, un amparo contra autoridades públicas o contra jueces, porque en esos dos países sí se reconoce y aplica el amparo contra jueces (lo que no existe en nuestro país, donde el amparo es una acción directa y no un recurso subsidiario y final como en España y Alemania).

En el caso de los Estados Unidos, los mecanismos son distintos, pues no hay un mecanismo procesal específico de protección de la constitucionalidad (salvo la modalidad final del "certiorari" ante la Corte Suprema federal), o de los derechos fundamentales. Pero tampoco hay diferencia procesal en la protección de esos derechos según que el sujeto pasivo o transgresor, sea una autoridad pública o un particular.

De una forma o de otra, hay una tendencia casi universal a reconocer que los derechos fundamentales, rigen también las relaciones particulares. Ello es así, porque se reconoce con Norberto Bobbio, que:

de poco sirve ser libre frente al Estado, si no se es libre en la sociedad.

Y aunque discrepo de él, sobre la utilidad superior que creo debemos atribuir a la libertad frente al Estado (quien goza siempre de superiores atribuciones y poderes de imposición, que los particulares), estoy seguro que nadie negará que, bajo ciertas condiciones, la opresión social y la restricción que puedan ejercer algunos individuos o grupos sociales sobre otros seres humanos o grupos, puede ser tan grave como la que ejerce el propio Estado y sus instituciones y que, en tales circunstancias, se hace necesario buscar mecanismos efectivos de protección.

En verdad, aunque los derechos fundamentales se inscribieron en las constituciones como un límite al poder (de las autoridades públicas), también es cierto que su interés principal fue su defensa, sin importar el apellido (público o privado) de sus transgresores. Sobre todo cuando se descubre que los particulares (aunque solo fuera excepcionalmente), también pueden ejercer u ostentar poderes exorbitantes sobre otros particulares.

Hecha esta introducción, procedo a exponer, suscintamente, las aristas principales del te-

ma que nos ocupa. Empiezo, en primer lugar, por preguntarme sobre el valor y el alcance posible de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En segundo, analizaré el amparo contra particulares como una modalidad de su género: el amparo contra autoridades. En tercero, resumo la naturaleza jurídica y las características especiales del amparo contra particulares en Costa Rica. En cuarto lugar, diré algunas cosas sobre los requisitos y procedimientos del amparo contra particulares en nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional. Al final, como siempre, algunas reflexiones de lege ferendae (es decir, no una reflexión sobre las cosas como son, sino de las cosas como quisiera que fueran), y dos anotaciones generales a las preocupaciones externadas esta tarde. En ambos casos, a partir de la descripción y comprensión de las cosas como son -esto es, de cómo las aplica o no, nuestra Sala Constitucional-.

2. VALOR Y EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES² EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Empiezo por el primer tema: el valor y la eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares. Lo divido en dos partes. La primera, una referencia histórica al proceso de afirmación del amparo frente a particulares. La segunda, la refiero a la eficacia de los derechos constitucionales en esas relaciones, destacando, por una parte, el problema de distinguir cuáles derechos son aplicables, y de qué manera, y cuáles no son aplicables a las relaciones entre particulares. Esto último parece indispensable, para descubrir los caracteres jurídicos principales del Amparo contra particulares.

A) *Proceso histórico de afirmación del amparo frente a particulares (breve referencia)*

En una primera etapa histórica, los derechos que se reconocieron jurídicamente eran únicamente derechos frente a particulares. Por lo menos existía un derecho a la “actio” ante los tribunales (ante los tribunos y ante el mismo Senado), como en el derecho romano. Sea como sea, desde el Código de Hamurabi hasta el siglo XVIII, el Derecho regulaba fundamentalmente relaciones entre particulares (el derecho de familia, el de las obligaciones, el de los contratos, el de propiedad, etc.) y, a lo sumo, obligaciones o prohibiciones a los particulares (pero no “derechos”): como el derecho penal o el entonces llamado “derecho público”. La existencia de derechos humanos frente al Estado, es una realidad histórica novedosa, una realidad que no tiene -de forma general- más de 300 años, o apenas 200 (y todavía limitadamente), a partir de que se hicieron realidad mecanismos jurisdiccionales de protección de esos derechos frente al Estado. No es que no existían en la religión, en la filosofía o en el pensamiento político y no es que no existían formalmente en los fueros medievales, de Aragón y de León o en la Carta Magna inglesa. Lo que ocurría es que los mecanismos procesales, salvo el de hábeas corpus, no habían

² Uso el concepto en el sentido iberoamericano: derechos fundamentales son aquellos derechos reconocidos por la Constitución (directamente o indirectamente) y por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (ver artículo 48 de la Constitución de Costa Rica). En España, el término “derechos fundamentales” es más bien restringido. Se refiere a un grupo de derechos constitucionales que goza de la protección especial del Amparo (ver artículo 53 de la Constitución Española).

sido diseñados y operados para proteger esos derechos (al menos, para la gran mayoría de la población), y puesto que esos derechos valen lo que valen las garantías (y lo que cuesta infringirlos), ellos quedaron básicamente como expresión de buenos deseos. En verdad, la experiencia jurídica enseña que allí donde no hay garantías y mecanismos procesales, los derechos quedan en el puro espacio de lo “etéreo jurídico”.

Después de esa etapa histórica, cientos de años después, vino el reconocimiento de los derechos frente a las autoridades públicas, y con ello se provocó una verdadera revolución, la más grande revolución jurídica de la historia. En verdad, la idea de las revoluciones inglesa, norteamericana, francesa, de la independencia hispanoamericana o de las Cortes de Cádiz en nuestro entorno cultural; tuvo por leit motiv aparente poner al hombre en el centro del fenómeno político y poner al Estado al servicio del ser humano. Un Estado explicado (justificado) y limitado por esos derechos.

Por primera vez en la historia de las revoluciones humanas -recordaba nuestro maestro García de Enterría en su Discurso de incorporación a la Real Academia de la Lengua, a propósito de la revolución francesa-, no se trataba, simplemente, de sustituir a un imperante o al séquito o los intermediarios que le secundaban en el poder, o de cambiar un régimen político o una simple orientación o dirección determinadas en su actuación. Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable...

Lo que se pudo alcanzar no tuvo la magnitud que pretendieron los actores revolucionarios, pero la revolución se dio y, a partir de entonces, no se pudo ya negar la existencia de unos derechos frente al Estado y a las autoridades públicas. Luego vinieron los mecanismos procesales (los “remedies” anglosajones): los instrumentos jurisdiccionales de protección frente a las autoridades públicas; porque se comprendió que no bastaba el mero reconocimiento constitucional de los derechos, si no había mecanismos para hacerlos efectivos, aun en contra de la voluntad de los detentadores del poder.

Los mecanismos se fueron estableciendo y perfeccionando a tal grado que, en algunos casos, superaron los viejos mecanismos previstos para la defensa de ciertos derechos en las relaciones entre particulares. El proceso civil (comercial y civil), se reveló pronto obsoleto para proteger adecuadamente ciertos derechos frente a particulares que ostentaran o detentaran algún privilegio público o una posición fáctica de poder. Aparecieron entonces mecanismos procesales paralelos, en determinados ámbitos de relaciones privadas: el laboral se construyó a partir del principio pro operario; el derecho de familia, compensó determinadas limitaciones sociales de la mujer; el agrario pretendió lo mismo en favor del campesino y del trabajador agrícola. Los remedios procesales se construyeron a partir de las diferencias fácticas o jurídicas. Aun así, quedaron en descubierto algunas deficiencias en los medios de protección.

Apareció entonces, en una cuarta etapa, un mecanismo novedoso y complementario pa-

ra la protección de unos derechos que existen y se reconocen desde antiguo. Un mecanismo que acompañara el reconocimiento histórico, milenario, de los derechos y obligaciones en las relaciones entre particulares. Aparece en algunos pocos países, una protección especial de los derechos fundamentales (o de algunos de ellos), frente a los particulares (en realidad, de aquellos particulares que ostentaran o detentaran algún privilegio público o una posición fáctica o jurídica de poder). Se empezó entonces a hablar de la eficacia jurídica directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Se empezó a hablar entonces de un AMPARO FRENTE A PARTICULARES.

Destáquese, sin embargo, que se trata de un reconocimiento incipiente por los pocos países que lo reconocen y limitado, como debe ser, por la naturaleza jurídica de lo que se pretende compensar y proteger. No es un amparo para proteger todos los derechos fundamentales, pues algunos de ellos solo se predicen, como diremos, de las autoridades públicas. No es tampoco un mecanismo que pueda proteger frente a todos los particulares, sino solo frente a aquellos que ostentan alguna facultad o preponderancia que desequilibra objetivamente las relaciones entre particulares, relaciones que se suponen iguales (jurídicamente hablando), y es precisamente la ausencia de esa igualdad jurídica (que fáctica siempre existirá), o la distorsión grave de las diferencias fácticas, la que obliga a encontrar un mecanismo especial de protección.

B) *Eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares*

Debo insistir en esas dos matizaciones. Comienzo por la primera: hay derechos que solo son pensables y operables frente a las autoridades públicas, porque son reconocidos y desarrollados como contrapartidas a prerrogativas generales y especiales de las que solo gozan las autoridades públicas. Los ejemplos son abundantes: el principio de legalidad del artículo 11 de la Constitución, no es predicable de las personas privadas que se rigen por el principio contrario (el de libertad): yo no puedo, entonces, acusar a otro particular por la violación al principio de legalidad (las autoridades públicas solo pueden querer y hacer lo que la Ley quiere que quieran y hagan).

El derecho a ser puesto a la orden del juez en 24 horas, no es pensable tampoco en las relaciones entre particulares, porque está pensado frente a la prerrogativa de la administración pública de poderme detener coactivamente. Un particular, en cambio, no me puede apresarse o detener sin cometer delito (dejo a salvo el particular que actúa excepcionalmente como autoridad pública).

El derecho a indemnización por expropiación es otro ejemplo de un derecho que solo es pensable y operable en las relaciones de los particulares con las autoridades públicas, porque un particular no tiene potestad de expropiar a otro (hacerse de un bien legalmente contra la voluntad de su titular).

El acceso a las oficinas privadas, vis a vis el acceso a las oficinas públicas, no tiene ni puede tener tampoco el mismo sentido en un caso o en otro, porque ello más bien violentaría

otro derecho fundamental: el principio de intimidad y de protección del domicilio, etc.

Los ejemplos reseñados, sirven para afirmar lo que quiero destacar: supuesto el principio de eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares que hemos asentado, hay una diferencia técnica entre derechos que son operables frente a particulares y derechos que no son operables frente a ellos. En el primer caso, cabría un amparo y en el segundo no.

A ello debo agregar una segunda matización: hay derechos que son exigibles de los particulares, pero en forma diferente, si ustedes quieren, de manera más laxa que frente a las autoridades públicas. Ejemplos de ese tipo de derechos (los que tomo de la propia jurisprudencia constitucional), son el derecho a la estabilidad en el trabajo (artículo 56 constitucional), el derecho a la igualdad (artículo 33), el derecho al debido proceso (artículos 39, 41 y concordantes).

Hago referencia sucinta a los tres derechos. En el sector público, el derecho a la estabilidad laboral, sin perjuicio del artículo 191 constitucional, se ha derivado del principio y del derecho al trabajo (artículo 56), de los derechos adquiridos (artículo 34) y del principio de los “actos propios”;³ aunque la jurisprudencia constitucional no es coherente a este propósito. Pues bien, ese derecho a la estabilidad en el empleo, no existe, sino más bien de forma excepcional, en las relaciones entre particulares. Es decir, aunque rige ambos grupos de relaciones, opera diferente en un caso y en el otro.

Algo parecido cabe decir respecto de otros muchos derechos constitucionales. En el derecho a la igualdad ante la ley (lato sensu), por ejemplo, operan dos exigencias: una cosa que los griegos denominan “isonomía” (o exigencia de generalidad de la ley) y la otra que, a falta de un mejor nombre, conocemos como el principio y derecho de no discriminación.⁴ Pues bien, contra las autoridades operan ambos principios, el principio de generalidad y el principio de no discriminación. Contra los particulares, en cambio, parece pacífico afirmar que solo opera normalmente para la interdicción de la discriminación.⁵ La razón de ello es comprensible fácilmente. En el segundo grupo de relaciones, está de por medio un particular, que es una persona libre, con una autonomía de voluntad que no tiene ni puede tener la autoridad pública. Hay un ejemplo, que quizás explique lo que quiero decir más vivamente, es el ejemplo del caso de los debates presidenciales universitarios (durante la campaña política de 1993-94). La jurisprudencia de la Sala Constitucional le exigió a las universidades públicas, por su naturaleza y porque usaban fondos públicos, que para hacer un debate entre candidatos presidenciales, tenían que tomar en cuenta a todos los candidatos (mayoritarios y minoritarios). A los medios de comunicación o a los centros privados, en cambio, no se les ha exigido lo mismo, porque lo único que se les exige no es el respeto de la generalidad, sino la no discriminación específica. Ello no pre-

3 Ver, entre otras, sentencias Ns. 1147-90, 1635-90.

4 El tema lo he tratado en extenso en mi libro IGUALDAD DE DERECHOS: ISONOMÍA Y NO DISCRIMINACIÓN, San José, Universidad Autónoma de Centro América, 1998.

5 Elena FALLAS, así lo ha destacado en su magnífica tesis doctoral sobre *El Recurso de Amparo contra Particulares y el Derecho a la No Discriminación*, op. cit.

juzga sobre la existencia o no de una discriminación en esos casos. Lo que sí queda claro es que la Sala Constitucional que sí ha reconocido la igualdad en las relaciones entre particulares, no le ha dado el mismo alcance que le ha dado a ese principio en las relaciones con las autoridades públicas.

Lo mismo cabe decir del debido proceso. La Sala Constitucional ha reconocido con justicia y así lo han hecho otros tribunales constitucionales, que hay también que cumplir un debido proceso en las relaciones entre particulares, bajo ciertas condiciones especiales. Se trata, sin embargo, de un derecho exigible de manera más laxa. En verdad, es menos exigente el debido proceso entre particulares que ante autoridades públicas, porque los primeros no gozan de un poder coactivo que sí ostentan las segundas y porque, además, la suspensión de una membresía o de un permiso en una entidad pública (suspensión de un Colegio profesional, o anulación de una concesión de servicio público, por ejemplo), puede suponer la imposibilidad jurídica de ejercer una actividad; lo que no ocurre normalmente cuando se le expulsa a un particular de una asociación o de una cooperativa. Cuando los efectos de esa decisión sean graves, es precisamente cuando se justifica la protección especial del amparo frente a particulares. Es evidente, sin embargo, que el alcance de la protección del debido proceso en uno y otro casos, serán diferentes. Piénsese, por ejemplo, en el derecho de recurrir en vía administrativa ante el superior jerárquico (propio o impropio); derecho que solo puede ser pensable respecto de las autoridades públicas.

En otros derechos, la diferencia en el alcance de los derechos no tiene por qué existir (al menos, cuando enfrentamos a particulares con prerrogativas fácticas o jurídicas que afectan la equiparación que se supone existe en las relaciones entre particulares). Con las matizaciones señaladas, los derechos fundamentales, en general, son susceptibles de protección constitucional en las relaciones entre particulares, con la misma fuerza y alcance que respecto de los autoridades públicas.

Dicho eso, que es la base sustantiva del problema procesal que nos ocupa, podemos arrumar a éste técnica pero sintéticamente, como lo exige la naturaleza de esta presentación.

3. EL AMPARO CONTRA PARTICULARES ES UN AMPARO, AUNQUE DE NATURALEZA ESPECIAL

El amparo contra particulares, conviene subrayarlo, es en primer lugar una modalidad del amparo. Por tanto, goza de algunas de sus características principales:

- a) Es un instrumento procesal y jurisdiccional y eso delimita mucho más de lo que parece, su ámbito de acción: por tanto hay un proceso, hay exigencias de legitimación (activa y pasiva) o de coadyudancia, hay un mecanismo de aportación, contradicción y valoración de las pruebas; las partes deben gozar de una igualdad procesal, debe haber un órgano independiente, jurisdiccional e imparcial para resolver los conflictos y los alegatos que

le plantean las partes; hay medidas cautelares, hay contradictorio, el conflicto debe resolverse privilegiadamente mediante sentencia, se le aplican los mecanismos de ejecución de sentencias, etc.

- b) En segundo lugar, en cuanto amparo constitucional, es un instrumento especial, no pertenece al orden procesal común, no es de plena jurisdicción, sólo opera para la defensa de un grupo importante de bienes jurídicos: los derechos fundamentales, esto es, los derechos que están en la constitución, los que se derivan de la misma o de sus principios y también, en el caso costarricense, los que reconocen los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (artículo 48 constitucional) y la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional.
- c) En tercer lugar, es, o pretende ser, un proceso sumario, sencillo e informal; en el sentido de que no está sujeto a las formalidades procesales del orden común, no de que no existan ciertas formalidades. Sumario en el sentido que es un proceso rápido que no agota todas las posibilidades procesales de plantear y de resolver el conflicto en otras vías procesales (plenarias).
- d) En cuarto lugar, es complementario, no sustituto de otros mecanismos procesales; pues los otros instrumentos procesales operan y siguen operando paralela o sucesoriamente para resolver el mismo conflicto fáctico (aunque los fundamentos jurídicos para resolverlo deban ser diferentes), solo que en un caso de manera plenaria y en el otro de manera fundamentalmente cautelar, aunque la cautela constitucional pueda suponer también, el reconocimiento de una situación jurídica en forma definitiva (cuando se acoge el amparo, pues cuando se rechaza, la resolución no prejuzga sobre las responsabilidades legales -penales o civiles- en que incurran las partes, conforme al artículo 64 de la Ley, en relación con los artículos 62 y 63).

En estos cuatro sentidos, el amparo contra particulares es similar al amparo contra autoridades públicas, lo que, por cierto, se destaca en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, al afirmar que:

en lo no previsto en este capítulo -del amparo contra particulares- o en el siguiente, se aplicarán las disposiciones y principios establecidos en el capítulo anterior -del amparo contra autoridades públicas-, en lo que fueran compatibles.

La expresión “en lo que fueran compatibles”, sin embargo, nos advierte de la existencia de diferencias legales y de naturaleza entre una modalidad de amparo y la otra. En efecto, sin perjuicio de las similitudes señaladas, el amparo contra sujetos de derecho privado tiene tonalidades especiales. El proceso amparo contra autoridades públicas es un proceso plenario, en el sentido de que se trata de un proceso no “residual”, ni excepcional, aunque en uno y otro caso, solo sirva para proteger derechos fundamentales (y no derechos de orden exclusivamente legal). El amparo contra personas de derecho privado, es un medio extraordinario y excepcional. La

estadística de la Sala, nos lo indica gráficamente: son pocos los amparos contra particulares que se presentan, pues apenas pasan del 1% del total de amparos (promedio, aunque en 1996 apenas fueron el 0.5%); y además, más del 90% de amparos contra particulares son rechazados.

Pero es excepcional, principalmente, por razones procesales. ¿Por qué? Porque la misma Ley los define como extraordinarios, excepcionales o residuales, conforme tendremos ocasión de analizar. La jurisprudencia de la Sala Constitucional así lo ha reconocido desde sus primeras sentencias, al afirmar que, de acuerdo con el artículo 57 de la Ley,

... la procedencia del amparo contra sujetos de derecho privado, es calificada y excepcional... (Sentencia N° 865-90).

La naturaleza misma del amparo contra particulares obliga a calificarlo de esa manera. Si en el caso del amparo contra las autoridades públicas, su incorporación histórica pretendió llenar un vacío frente a prerrogativas exorbitantes; en el caso del amparo contra particulares, no se pretendía llenar un vacío, sino completar un mecanismo existente pero insuficiente en determinadas circunstancias (precisamente las que dan cabida al amparo según el artículo 57 de la Ley). Por ello está diseñado para enfrentar actuaciones de sujetos privados que se encuentran en una situación de poder en primer lugar. En segundo lugar, porque, además, se exige que frente a esas actuaciones, los remedios jurisdiccionales comunes (el proceso civil, laboral, de familia o agrario), resulten insuficientes y tardíos. Dicho de otra manera, si hay otro mecanismo procesal expedito y efectivo para proteger los derechos que tutela, no cabe el amparo contra particulares que es de orden constitucional. Dos ejemplos de nuestra jurisprudencia quizás expliquen mejor esta característica: me refiero a los casos de las distritales de un partido político (el Partido Liberación Nacional), y a las garantías sindicales en el sector privado.

En 1992, la Sala Constitucional declaró nulas las elecciones distritales internas del PLN (un sujeto de derecho privado, aunque de interés público), por considerar que violaban la igualdad de derechos de los participantes y algunos derechos conexos, dado que el Tribunal Supremo de Elecciones se había declarado incompetente para conocer ese tipo de conflictos. Pero poco tiempo después, cuando el mismo Tribunal se declaró competente para conocer y entró de hecho a revisar las elecciones internas de los partidos políticos, la Sala declinó el conocimiento de ese tipo de casos. Es evidente que lo que se pretende es asegurar que un órgano jurisdiccional, independiente e imparcial resuelva el problema de constitucionalidad que plantean ese tipo de elecciones. Por eso, a partir de que el Tribunal electoral entró a analizar esa modalidad de comicios -en sus aspectos legales y constitucionales-, la Sala debía salirse, como en efecto lo hizo.

Otro ejemplo típico fue el de las garantías sindicales. La Sala IV las reconoció y tuteló frente a las empresas privadas en su bien conocida sentencia N° 5000-93. Posteriormente, el mismo año de 1993, la Asamblea Legislativa estableció por Ley un mecanismo rápido o sumario de protección de esas garantías ante las autoridades administrativas (del Ministerio de Trabajo) y judiciales (tribunales laborales). A partir de ese momento, la Sala abdicó su competencia y reconoció que ya no era competente para ello, porque había un mecanismo procesal sustitutivo, efectivo y expedito.

Obsérvese que, en ambos casos, los particulares contra los que se plantearon ambos procesos estaban en una posición fáctica de poder, frente a la que no había remedios procesales efectivos. En el primer caso, porque el Tribunal competente había renunciado a ejercerlo. En el segundo, porque la práctica y la jurisprudencia laboral anteriores demostraban la desprotección práctica (por insuficiente y por tardía) de los derechos a la organización sindical en las empresas privadas. Cuando ambas limitaciones fueron corregidas, la Sala declinó su protección, reiterando que el amparo contra sujetos privados es

...de naturaleza subsidiaria y excepcional...-por cuanto pretende llenar- los vacíos u omisiones del ordenamiento jurídico. -De ahí que- la competencia de la Sala en la materia es residual... (Sentencia N° 4723-93).

Cuando el ordenamiento jurídico prevé mecanismos procesales de protección de esos derechos en el orden común (respecto del constitucional), y esos mecanismos son efectivos y expeditos, no cabe el amparo contra particulares, aun cuando nos encontremos ante individuos, empresas o instituciones privadas, que ostenten o gocen de una posición de poder, jurídica o fáctica.

Un conflicto privado, ha dicho la Sala,

no debe ventilarse en la jurisdicción constitucional en tanto existen (*sic*) remedios precautorios y sustanciales capaces de amparar al recurrente... (*ibidem*).

4. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL AMPARO CONTRA PARTICULARES EN COSTA RICA

Lo dicho hasta aquí, permite arribar adecuadamente a los aspectos procesales de nuestro amparo contra particulares, recalcando apenas sus características generales.

A) Frente a sujetos privados que se encuentren en una posición de poder

En primer lugar, destaco que se trata de un mecanismo procesal “extraordinario o excepcional”, sobre lo que ya he dicho algunas cosas. Extraordinario, además, porque no se aplica a las relaciones ordinarias (inter pares) de los particulares, sino solo frente a determinadas personas: los particulares que estén en una *posición de poder*. Posición de poder que nuestra Ley define alternativamente bajo tres supuestos:

- a) Que ejerzan funciones o competencias públicas. Con ello se da lugar al reconocimiento del ejercicio jurídico de poderes o funciones públicas por los particulares, sea por autorización o concesión expresa de esa condición (por ejemplo, los concesionarios de obras o servicios públicos, los notarios públicos, los capitanes de barco en altamar, etc.), sea por ejercicio de hecho de funciones públicas (caso de los llamados funcionarios de hecho, según la definición de nuestra Ley General de la Administración Pública en sus artículos 115, 116 y 118). En uno u otro caso, se trata de la asimilación a la condición de funcionarios o autoridades públicas, por disposición de Ley, y en cuanto ejerzan, de hecho o de

derecho, esa función. Estos casos, bien podrían ser cubiertos, como en otros países, por el amparo contra autoridades públicas. En nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional, la solución fue regularlos bajo la modalidad especial del amparo contra particulares.

- b) El segundo supuesto, es la superioridad de derecho del particular (pero que no llega a ostentar funciones públicas). Esto es, cuando el ordenamiento le otorga a un particular, una posición de poder jurídico de que carecen los demás particulares, sea por su acceso a instalaciones públicas que se niega a los demás (agentes aduaneros, etc.), sea por el régimen de atribuciones jurídicas superiores que ostentan y de las que carecen los demás; sea porque el ordenamiento exige que determinadas actividades solo puedan realizarse por un cuerpo colegiado (un sindicato, una Sociedad Anónima Laboral, una Cooperativa, un Partido Político) o por un grupo limitado de empresas. Esta segunda modalidad ha sido poco explorada por la Sala Constitucional, pero no hay duda que existe. De lo contrario, la expresión “encontrarse, de derecho, en una posición de poder”, podría salir sobrando al subsumirse en la expresión “ejercicio privado de funciones o potestades públicas” a que hace referencia la primera modalidad.
- c) El tercer supuesto, es la superioridad fáctica o de hecho a que alude el párrafo primero del artículo 57 de nuestra Ley. Se trata de la modalidad más amplia y, por tanto, la que admite menos definiciones apriorísticas. La superioridad solo puede descubrirse analizando los hechos y las condiciones en que se ejerce esa supuesta superioridad. Los casos más conocidos, y resueltos jurisprudencialmente, son los de una federación deportiva (particularmente la de fútbol en nuestro país), los de equipos de fútbol (respecto, por ejemplo, del acceso a sus estadios de una persona o de un periodista); los de un restaurante, un teatro o una discoteca abiertos al público que nieguen su acceso a determinadas personas de forma irrazonable o discriminatoria; los de una empresa respecto de sus trabajadores; los de un sindicato respecto de sus agremiados; los de un conjunto de medios de comunicación respecto de un debate electoral; los de un partido político mayoritario respecto de sus partidarios (los minoritarios, en cambio, parecen no ostentar esa condición de poder); los de una escuela o Universidad privadas, respecto de sus profesores y educandos; los de una cooperativa respecto de los agremiados o productores; los de un beneficio de café, o un ingenio de azúcar respecto de los productores de café y azúcar, etc. Los ejemplos pueden multiplicarse. Lo que importa en tales casos, es demostrar la existencia de esa superioridad y no darla por sentada ni asumirla genéricamente. Si el amparo es un mecanismo excepcional, y la prueba del ejercicio de potestades públicas o de superioridad fáctica no la da el mismo derecho, el recurrente debe probarla en el caso particular, y debe fundarse en argumentaciones y condiciones fácticas que la demuestren.
- B) *Frente a actos para los que los remedios jurisdiccionales comunes resulten insuficientes o tardíos*

Extraordinario o excepcional, también, por su carácter subsidiario o “residual”, respecto de los procesos ordinarios (penales, civiles, laborales, agrarios, de tránsito, e incluso, bajo ciertos supuestos, de lo contencioso administrativo), sobre lo que ya he dicho algunas cosas. La

expresión del artículo 57 de nuestra Ley, por otra parte, no deja lugar a dudas: se aplica únicamente cuando, supuesta la posición de poder del sujeto acusado, sus actos u omisiones no puedan enfrentarse por un remedio procesal ordinario adecuado. Cuando, en expresión de la Ley, los remedios jurisdiccionales comunes resulten insuficientes o tardíos.

Se trata, por tanto de dos supuestos posibles (pero no acumulables): el de la insuficiencia y el de la lentitud. Insuficiencia o lentitud que nuestra jurisprudencia califica al destacar, respecto de la primera, que se trata de una insuficiencia del ordenamiento jurídico (no de la aplicación práctica por los jueces), y que la lentitud también debe predicarse del mismo ordenamiento jurídico procesal. Es decir, cuando la Sala Constitucional valore que la legislación procesal, de manera general, no prevé mecanismos expeditos y suficientes para resolver el problema planteado. De “manera general” porque se niega el amparo contra actos judiciales (artículo 30, inciso b). Por ello, no puede fundarse el amparo contra un particular en que un juez o tribunal no ha amparado el derecho concreto o no ha resuelto el caso en un plazo razonable. La subsidiariedad del amparo contra particulares, por eso, no hace referencia al agotamiento posible de otras vías jurisdiccionales (lo que no es necesario), sino tan solo a la idea de subsidiariedad genérica del mecanismo procesal. La existencia de procedimientos paralelos y posteriores al amparo contra particulares siempre es posible. Lo que no es posible es la posibilidad del amparo, frente a la actuación judicial previa.

Incluso en los casos de inaplicación o lentitud generalizadas imputables a los órganos judiciales, no puede plantearse el amparo, sino una acción de inconstitucionalidad, pero no frente al acto concreto judicial, sino frente a la norma en que se funda, no por su texto, sino por la forma en que se interpreta y aplica por los autoridades públicas (incluidas las judiciales), de conformidad con los artículos 3 y concordantes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En este caso, sin embargo, se impugnaría la jurisprudencia (la doctrina reiterada que se decanta de las resoluciones judiciales), no la actuación judicial concreta de un órgano judicial o el “por tanto” de sus resoluciones. Pero en todo caso, se trata de una modalidad diferente a la del amparo, a la que se aplican las reglas propias de la Acción de Inconstitucionalidad previstas en los artículos 73, siguientes y concordantes de la Ley de esa jurisdicción.

La insuficiencia difícilmente existe de manera general, porque todo ordenamiento jurídico parte de la plenitud de sus mecanismos procesales. Se supone que todo conflicto tiene algún mecanismo jurisdiccional de solución, aunque la solución sea ineficaz o suponga la validación de los actos impugnados por ausencia de restricción legal de los mismos (en virtud del principio de libertad que preside los actos de los particulares, para quienes lo que no está prohibido está permitido y del principio de reserva de ley, según el cual las acciones privadas sólo pueden ser reguladas -limitadas- por Ley, y ello solamente cuando ellas puedan afectar el orden o la moral públicas, o los derechos de los demás, conforme al artículo 28 de nuestra Constitución). La insuficiencia a que se refiere nuestra Ley, por tanto, no puede ser interpretada restrictivamente. La insuficiencia debe calificarse respecto de mecanismos concretos de protección de los derechos fundamentales, aunque se apliquen para ellos las fórmulas procesales ordinarias de solución de conflictos.

La “lentitud”, hace referencia a la experiencia histórica sobre la operación práctica de los mecanismos procesales existentes en el orden común. Esa lentitud, no puede definirse desde la Ley (aunque algunas de sus exigencias procesales la supongan), sino desde la experiencia, pero no de una experiencia concreta (del caso concreto), sino de una experiencia general, que los recurrentes deben poder argumentar y demostrar de forma genérica. Los principios establecidos en la amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el concepto de “plazo razonable para ser juzgado”, a este propósito, son ejemplarizantes de lo que puede considerarse “lentitud” a los efectos del artículo 57 de nuestra Ley. El problema, de nuevo, es la imposibilidad de plantear un amparo contra actos judiciales, sobre todo en los casos en que los derechos tutelables (por ejemplo, a la “justicia pronta y cumplida” y al debido proceso judicial), son predicables principalmente de las autoridades judiciales, porque son ellas las que pueden violarlos de manera preponderante. Mientras no exista una modalidad de amparo (aunque también excepcional) frente a los actos u omisiones judiciales (al menos, para la tutela del debido proceso judicial), la posibilidad de analizar la insuficiencia o lentitud de los remedios jurisdiccionales comunes en un caso concreto de relaciones entre particulares, queda vedada. No así, sin embargo, los casos de insuficiencia o lentitud generalizados.

La insuficiencia o lentitud, por otra parte, también puede sostenerse en los casos en que, aunque existan mecanismos jurisdiccionales comunes, no existan remedios precautorios que aseguren la eficacia y utilidad de lo que pueda resolverse en última instancia judicial. La Sala Constitucional así lo ha reconocido, al rechazar un amparo contra una cooperativa, por considerar que

la jurisdicción civil cuenta con remedios adecuados para proteger derechos, tales como las medidas cautelares previstas por el Título IV Capítulo I del Código Procesal Civil así como los diferentes juicios declarativos allí previstos... (Sentencia N° 4178-93, el caso hace referencia, sobre todo, a la amplitud de las medidas cautelares que puede adoptar el juez civil y de lo contencioso administrativo, en virtud particularmente del artículo 242 del Código Procesal Civil).

En algunos casos, la definición misma del concepto “remedios procesales tardíos”, parece reducirse, en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, a la posibilidad de que se causen, durante el curso de un proceso “adecuado”, “lesiones de difícil o imposible reparación”, como cuando

no exista en la legislación común aplicable al caso, normas que faculten al juez a dictar medidas cautelares que amparen al interesado en tanto el litigio se resuelve en sentencia... (Ver Sentencia N° 4723-93).

El concepto, sin embargo, no puede ser interpretado en forma tan restringida, sobre todo porque la misma legislación y la jurisprudencia tienden a reconocer medidas cautelares, aunque los daños posibles sean indemnizables, y a negarlas cuando, aun existiendo lesiones de di-

fácil o imposible reparación, el equilibrio de los intereses en juego o la seriedad de los motivos de impugnación vedan la adopción de esas medidas. Cada vez más, el elemento clave para dictar medidas cautelares (positivas o negativas, según la naturaleza de los actos impugnados), es la apariencia de buen derecho (el *fumus bonis iuris*), que pueda desprenderse de los planteamientos judiciales por alguno de los sujetos procesales. Ello requiere, por supuesto, asumir valientemente el riesgo necesario de asegurar la justicia, aun cuando pueda adelantarse criterio (criterio que, por lo demás, puede revisarse en la resolución definitiva).

La Sala, en verdad, ha acogido amparos contra particulares, aun en los casos en que las medidas cautelares pueden dictarse legalmente por los órganos judiciales del orden común. Desde ese punto de vista, la aplicación práctica del concepto de “insuficiencia y de lentitud”, es más bien casuística, lo cual no es necesariamente reprochable. Lo reprochable es una aplicación casuística que no dependa del mérito de los actos en cuestión, o que no se funde y sustente expresamente en ellos (exigencia de motivación), sino en circunstancias ajenas a un razonamiento judicial coherente y generalizable según la fórmula kantiana.

De lo dicho hasta aquí, se infiere la multitud de temas y problemas que supone la figura del amparo contra particulares. Y eso que apenas puedo referirme a la punta del *iceberg*, es decir, a los problemas aparentes que pueden plantearse.

C) *El objeto del amparo contra particulares (derechos tutelados)*

El objeto del amparo contra sujetos de derecho privado, viene definido por el artículo 2, inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Se trata de proteger los derechos fundamentales, definidos como

los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.

La definición no requiere, en apariencia, de mayor explicación, pero como quiera que en el pasado y en otras latitudes se ha dudado del alcance de la definición, procedo a resumir algunas conclusiones que se derivan de la misma. En primer lugar, que son tutelables todos los derechos constitucionales, sin excepción, por lo que no se tutelan únicamente los derechos reconocidos por el capítulo de garantías individuales, sino también, los derechos y garantías sociales, los derechos a la nacionalidad, los derechos religiosos, los derechos culturales o educativos y los derechos políticos. La referencia a los distintos capítulos no es gratuita, pues nuestra primera Ley de Amparo de 1950, fue declarada inconstitucional, porque restringía el ámbito de protección a las garantías individuales, con lo que dejaba sin protección práctica a los derechos sociales, políticos, culturales o educativos y a la misma libertad de cultos, que no están incluidos en el referido capítulo. En segundo lugar, conviene destacar que los derechos tutelados en el amparo contra particulares, son todos los derechos fundamentales, incluidos los de libertad personal y de tránsito (y los derechos conexos con ellos), derechos que no tutela el amparo contra autoridades públicas, por disposición expresa de la Ley (artículo 29) y del artículo

48 de la Constitución, puesto que tales derechos son tutelables por el hábeas Corpus. En el caso del amparo contra particulares, sin embargo, esos dos derechos sí son tutelables en esa vía, al no serle aplicable a los particulares, el hábeas corpus. La Sala Constitucional así lo ha reconocido expresamente, en el caso arriba citado bajo el N° 7, sentencia N° 171-90 contra Chiriquí Land Company.

En cuanto a los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos, baste recalcar que la expresión de nuestra Ley supone la protección tanto de los derechos reconocidos por los tratados internacionales debidamente ratificados por la República de Costa Rica (una vez aprobados por la Asamblea Legislativa), como de los derechos reconocidos por otros instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque no hayan sido ratificados formalmente como tratados. Ello da carta de naturaleza a las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos (ambas de 1948), y a la propia jurisprudencia internacional aplicable a nuestro país, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que alude formalmente nuestra jurisprudencia constitucional en varias ocasiones (ver, por todas, la sentencia sobre colegiatura obligatoria de Periodistas, sentencia N° 5483-95).

D) *Sujetos legitimados en el amparo contra particulares*

De los sujetos contra los que cabe esta modalidad de amparo (legitimados pasivamente), ya he dicho lo suficiente. A los sujetos legitimados activamente para interponer el amparo contra particulares, alude el artículo 58 de la Ley, el que establece que

cualquier persona podrá interponer el recurso.

El artículo 58, lo mismo que el 33 respecto del amparo contra autoridades públicas, elimina los *requisitos de legitimación procesal* que imponen la mayoría de los mecanismos procesales del orden común, y reconoce legitimación a cualquier persona (por lo que aunque no se trate de una “acción popular”,⁶ se acerca a ella), legitimación amplia que proviene de la tradición latinoamericana del amparo. La Sala Constitucional, sin embargo, ha restringido la legitimación para el amparo contra autoridades públicas, al rechazar un recurso

por no tener el accionante legitimación ad causam activa y no ser titular del derecho que apunta como quebrantado (Res. #93-90).

Semejante criterio de ser generalizado y aplicable al amparo contra particulares, por la equivalencia de los artículos 33 y 58 de la Ley, restringiría la aplicación del mismo. La tesis, sin embargo, debe matizarse en el sentido de que, en las palabras de la propia Sala Constitucional, la legitimación activa existe según quien lo plantea:

⁶ La Sala Constitucional, sin embargo, ha dicho que “en materia de amparo no cabe la acción popular, sino que, aunque cualquier persona puede interponerlo en favor de un tercero, lo cierto es que se requiere de la existencia de una lesión o amenaza individualizada o individualizable, en particular para que haya legitimación” (ver Res. #470 del 9 de mayo de 1990).

si lo plantea el agraviado, éste deberá ser titular del derecho constitucional lesionado y si lo interpone otra persona que no sea el agraviado, será a favor de éste.

El agravio (o la amenaza del mismo) respecto de un sujeto particular, por tanto, deberá existir siempre, y eso es lo fundamental; no quién plantea procesalmente el amparo.

E) *El plazo para la interposición del recurso*

El plazo de interposición del amparo contra particulares, es el mismo que en el amparo contra autoridades públicas, por la referencia expresa del artículo 60 al artículo 35 de la misma Ley. En resumen, mientras subsista la violación o amenaza (y hasta 2 meses después de que hayan cesado sus efectos directos sobre el perjudicado), salvo que se trate de “derechos puramente patrimoniales”, en cuyo caso, el plazo será de 2 meses desde que se conozca de la violación y se esté en capacidad de accionar contra ella.

F) *Procedimiento de admisión y rechazo de plano o por el fondo*

La Ley prevé, por otra parte, un mecanismo sumarísimo en caso de que se admita a trámite el recurso de amparo contra un particular. Procedimiento de admisión que se deduce de la posibilidad otorgada a la Sala de rechazar de plano el recurso, conforme al artículo 61 y a la disposición general del artículo 9 de la misma Ley, disposición esta última que establece también la posibilidad de “rechazar o acoger interlocutoriamente por el fondo”, cuando lo estime pertinente según los criterios amplios (y vagos) del artículo 9. Para acoger el recurso, sin embargo, debe esperar la defensa del demandado.

G) *Procedimiento del amparo contra particulares y supletoriedad de las normas aplicables al amparo contra autoridades públicas*

El procedimiento previsto en la Ley es relativamente sencillo: admitido el recurso para su trámite, se le traslada al sujeto o entidad recurridos, para que en el plazo de 3 días se refiera al mismo. En lo demás, se aplicarán, por propia disposición de Ley (artículo 65), las disposiciones y principios aplicables al amparo contra autoridades públicas, en lo que fueran compatibles. La compatibilidad hace referencia tanto a la naturaleza de los derechos protegidos (y en cuanto sean tutelables respecto de particulares, para lo que me remito a lo dicho antes), como a la naturaleza de los sujetos contra los que se dirige. En efecto, algunas normas procesales del amparo contra autoridades públicas, solo pueden pensarse y operar frente a éstas. Por ejemplo, la disposición del amparo contra leyes del artículo 30, inciso a) (salvo en lo referente a las disposiciones generales que puedan dictar los particulares), la disposición relativa al agotamiento de la vía administrativa (artículo 31), la relativa al derecho de petición y respuesta (en cuanto está pensado y diseñado constitucionalmente como un derecho contra autoridades públicas, conforme al artículo 27 de la Constitución); o la relativa al procedimiento de ejecución de sentencias en materia de amparo contra autoridades públicas, el que se remite a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 56), mientras que en el amparo contra particulares, la disposición del

artículo 62 remite la “liquidación de los daños y perjuicios y de las costas” a la “vía civil de ejecución de sentencia” (obsérvese, en todo caso, que la ejecución de las sentencias constitucionales, aunque la Sala Constitucional reniegue de su competencia, corresponde a la propia Sala, de conformidad con el artículo 56, salvo en lo relativo a la “liquidación”, es decir, cuantificación de los daños y perjuicios o de las costas procesales.⁷ En lo demás, el capítulo I del Título III de la Ley (del amparo contra autoridades públicas), son perfectamente aplicables, mutatis mutandis, al amparo contra particulares.

Me interesa destacar, entre muchas de las disposiciones aplicables a este último, las de los artículos 41 (sobre medidas cautelares), 45 (sobre los efectos de no contestar el recurso en el plazo previsto), y del 48 (sobre posibilidad de conversión del amparo en una acción de inconstitucionalidad). Del primero se destaca la posibilidad de suspender de pleno derecho los actos recurridos (al menos, desde que se admita para su trámite y salvo que se disponga lo contrario), y de dictar medidas cautelares de naturaleza diversa, incluso de carácter positivo o de conservación y seguridad, por parte de la propia Sala o del Presidente o del magistrado instructor.

Del artículo 45 se sigue que si el recurrido no contesta en el plazo fijado por la Sala, se tendrán por ciertos los hechos y se resolverá el amparo sin más trámite, salvo las excepciones a que alude la propia Ley, como, por ejemplo, que de las pruebas existentes se deduzca lo contrario a lo afirmado por el recurrente, o que la misma Sala estime necesaria cualquier averiguación previa.

Del artículo 48 me interesa destacar la posibilidad de convertir el amparo contra particulares, en una acción de inconstitucionalidad, cuando la Sala lo estime conveniente, por considerar que los actos impugnados están razonablemente fundados en normas vigentes (aunque no hayan sido directamente atacadas o cuestionadas por el recurrente). Si la conversión puede darse a partir de un amparo contra un particular, con mayor razón, la existencia del mismo puede fundar una acción de inconstitucionalidad de conformidad con el artículo 75 de la misma Ley, siempre que, por supuesto, se

invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

H) *Sentencias y otros modos de terminar el amparo contra particulares*

Ya hemos dicho que el recurso de amparo contra particulares, puede ser rechazado de

⁷ La diferencia es muy importante. La definición de los daños y perjuicios (y de la existencia de una relación de causalidad, entre los hechos acusados y los daños causados), corresponde a la propia Sala (de lo contrario, saldría sobrando la expresión de que a ella corresponde declarar el derecho violado y “ejecutar sus resoluciones”), y la cuantificación de los daños y perjuicios (y del monto de las costas) al orden civil o contencioso administrativo (según la persona contra la que se dirigió el recurso).

plano o por el fondo, en cualquier momento, de conformidad con las reglas a que alude el artículo 9 de la misma Ley de la Jurisdicción Constitucional. Y que puede ser acogido interlocutoriamente en cualquier momento posterior a la defensa del demandado. El modo normal de terminar cualquier proceso, y el amparo contra particulares no debe ser la excepción a la regla, debe ser mediante sentencia, es decir, mediante resolución judicial motivada y sustentada en el mérito de los hechos y del Derecho (en este caso, el constitucional o internacional de los derechos humanos) y después de haber oído a las partes y de haber analizado las pruebas aportadas. A la sentencia aluden los artículos 62 a 64 de la Ley. A partir del alcance general de las sentencias de amparo contra particulares (párrafo primero del artículo 62), los tres artículos citados prevén las modalidades de sentencia según la naturaleza de los actos impugnados. Si se trata de actos positivos, actuales o cuyos efectos continúan, la Sala ordenará su cese inmediato (o mantendrá la suspensión si la hubiera notificado conforme al artículo 41 de la misma Ley) y condenará al pago de daños y perjuicios causados y de las costas al sujeto responsable jurídicamente (a quien se le imputen jurídicamente los actos u omisiones causantes de la violación cometida y reconocida). Si se tratare de una omisión, el efecto del amparo será ordenar la actuación positiva del sujeto responsable.

En el caso de los actos consumados, se prohibirá incurrir en actos u omisiones semejantes a los que dieron mérito para acoger el recurso; y se condenará en abstracto al pago de daños y perjuicios y de costas, los que se liquidarán “en la vía civil de ejecución de sentencia”, conforme a lo que queda dicho (ver artículo 63 de la Ley).

El rechazo del recurso, por su parte, no crea cosa juzgada material sino solo formal, al impedirse plantear un recurso constitucional por los mismos hechos, pero permitirse que se plantee en el orden procesal común. La disposición del artículo 64, es congruente con el sentido residual o excepcional del amparo contra particulares. Su naturaleza impide considerar la resolución de fondo que lo rechaza, como una resolución definitiva. Lo normal, será que el recurso se rechace por no tratarse de la impugnación de actos u omisiones de particulares que no se encuentren en posición de poder, o que, aun en ese caso, existan remedios procesales paralelos efectivos en el orden común. Solo en caso de temeridad del recurrente, sería aplicable una condenatoria al pago de las costas en contra del mismo, aun cuando se trate de desistimiento, conforme al artículo 51, parr. 3º de la Ley.

Aunque el articulado del amparo contra particulares, no hace referencia expresa a otros modos de terminar el proceso, la supletoriedad de las normas de amparo contra autoridades públicas a que alude el artículo 65, permite fundar esos modos en los artículos 51 (párrafo 3º) y 52 de la misma Ley. Esos otros medios de terminar el proceso, son el rechazo de plano (inadmisión) o por el fondo conforme al artículo 9 de la Ley, como queda dicho. Disposición que incluye también la posibilidad de acoger el recurso interlocutoriamente. Se reconoce expresamente el Desistimiento (del recurrente o del beneficiario cuando no coincida con el recurrente y supuesta la posibilidad de renunciar los derechos a tutelar), lo que viene establecido en los artículos 51 y 52 de la Ley. El allanamiento del recurrido a la demanda (art. 51), la satisfacción extraprocésal (art. 51), y la caducidad (arts. 9, 42, 48 “archivo del expediente”), son otros modos

de terminar el proceso abierto por amparo contra particulares. En los casos de allanamiento o de satisfacción extraprocesal, una vez planteado el recurso, podrá condenarse al sujeto recurrido al pago de costas y de daños y perjuicios consumados. En los casos de caducidad de la acción o de desistimiento, cabrá la condenatoria en costas contra el recurrente, en caso de que haya incurrido en temeridad, por aplicación supletoria del artículo 51 de la Ley.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Debo terminar y procedo a concluir. Aunque como profesor de Derecho y como abogado, soy y debo ser un crítico de la jurisprudencia de los tribunales en general y de la Sala Constitucional en particular, no voy a alimentar con las mías, los prejuicios y algunas críticas sin sentido que han podido escucharse esta tarde. Y no las voy a alimentar, porque tengo para mí que son mucho más las virtudes y las luces de la Sala, que sus defectos y sus sombras (lo que por cierto es propio de toda institución humana). Quiero, sin embargo, hacer dos pequeños comentarios, a propósito del amparo contra particulares y de la llamada intromisión de los jueces del orden constitucional en las cuestiones políticas (las “political questions” a que alude la doctrina norteamericana).

Respecto de este último problema, empiezo por reconocer la existencia del mismo: la posibilidad de que los jueces constitucionales sean tentados a exceder sus funciones y se excedan en el ejercicio de las mismas es verdadera, pero creo que se exagera en la mayoría de los casos. Asumir ese riesgo me parece, sin embargo, necesario, porque el riesgo mismo es consustancial a toda justicia constitucional. Reducirlo (el riesgo) es posible, pero debemos cuidarnos de que al reducirlo, no reduzcamos también la posibilidad de que esa justicia sea efectiva. Al fin y al cabo, toda justicia constitucional supone, esencialmente, el enjuiciamiento de decisiones políticas, aunque desde la perspectiva jurisdiccional y con los límites que le son inherentes. Ese enjuiciamiento, en última instancia, ha de suponer la posibilidad de sustituir la decisión de los cuerpos políticos o de poder (públicos o privados), por la decisión de un cuerpo “no representativo” de orden jurisdiccional. Solo que su decisión no puede ser arbitraria (sino fundada y motivada en las normas o principios que está llamado a interpretar y aplicar, y en sus propios precedentes para garantizar la seguridad jurídica). Sea como sea, es cierto que debe decidir sobre esas cuestiones (políticas o privadas) y ello implica, a su vez, la existencia inevitable de conflictos de interpretación y de aplicación de las normas y principios constitucionales. Lo cual provoca, normal y cíclicamente, la reacción de los cuerpos representativos (particularmente de los legisladores y del Ejecutivo), en contra de los tribunales constitucionales, sin percatarse, o percatándose sin decirlo, de que al reaccionar contra ellos, no hacen más que reaccionar contra las únicas posibilidades de protección de los derechos fundamentales y de la libertad, al menos de las minorías frente a los deseos expansivos de la mayoría gobernante. El poder, cualquier poder, se resiste siempre a ser limitado y controlado por otros. Más aun, el poder legislativo que se asume soberano y representante de la voluntad popular, cuando en realidad, esa soberanía reside en el pueblo como tal y lo único que él delega a los parlamentarios es la potestad de legis-

lar y controlar al Ejecutivo, no la de avasallar los derechos y los procedimientos constitucionales, que la Sala está llamada a tutelar. Siempre será preferible asumir el riesgo de toda justicia constitucional a la posibilidad de eliminarla prácticamente.

Y como quiera que siempre es posible e inevitable algún exceso, sobre todo cuando los parlamentarios y gobernantes, proceden incluso a sustituir a la justicia y a juzgar a sus congéneres, sin siquiera oírlos ni dejarlos defenderse (como es práctica común de las Comisiones Legislativas y de los cuerpos descentralizados del parlamento, lo que por cierto ha sido bendecido parcialmente por la propia Sala Constitucional), conviene recordar, parafraseando a Sor Juana Inés de la Cruz (y con el debido respeto al sentido original de sus palabras en defensa de las mujeres, de todas y cada una de las mujeres):

O cual es más de culpar, aunque cualquiera de los dos mal haga, el juez que invade el campo político, o el político que invade el campo de la justicia, juzgando y condenando sin garantías.

Yo no tengo duda de cual es mi escogencia, aunque ninguna de las dos opciones me gusta particularmente.

En cuanto a la supuesta necesidad de reforma del amparo contra particulares, digo únicamente dos cosas más: primero, que aunque la justicia constitucional en general y el amparo contra autoridades públicas, requieren reformas procesales y yo he defendido y propuesto algunas de ellas, en lo que al amparo contra sujetos de derecho privado se refiere, ello me parece innecesario (salvo en los aspectos generales y en la posibilidad de crear al menos dos tribunales superiores de amparo y de hábeas corpus, con la posibilidad de recurrir sus resoluciones ante la Sala Constitucional, sea bajo la modalidad de una casación o de un *certiorari*). En lo que al tema que nos ocupa se refiere, me parece que restringir el amparo contra particulares actual (tal y como opera en la práctica jurisprudencial), restringiría innecesariamente y dejaría sin protección efectiva los derechos que está llamado a tutelar. Por otra parte, ampliar legalmente el amparo contra particulares, tal y como está regulado en nuestra Ley, desbordaría los límites propios de su naturaleza (extraordinaria y complementaria de la jurisdicción ordinaria), y supondría la sustitución innecesaria de los tribunales de justicia o de los órganos administrativos de resolución de conflictos entre particulares. Lo que corresponde es que la Sala Constitucional asuma sin temor su función en este campo y, aplicando la ley, proteja verdaderamente los derechos fundamentales frente a particulares, respetando al mismo tiempo su libertad. De manera que prefiero esperar la acción de la jurisprudencia y no tocar legislativamente el amparo contra particulares.

EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Víctor Manuel Rodríguez Rescia^(*)(**)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO.

A. El derecho general a la justicia. B. El derecho y principio general de Igualdad. C. Justicia pronta y cumplida. D. El derecho a la legalidad. E. El debido proceso o el derecho de defensa en general. F. El debido proceso en materia penal. a) El derecho de defensa en sí. i. El derecho del procesado a ser asistido por un traductor o intérprete. ii. El principio de intimación y de imputación. iii. Concesión del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa. iv. Defensa material y defensa técnica. v. El acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas. vi. El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo. vii. El derecho a un proceso público. b) El Principio de legalidad y el de retroactividad de la ley penal. c) El principio de juez regular. d) El principio de inocencia. e) El principio “in dubio pro reo”. f) Los derechos al procedimiento. i. El principio de amplitud de la prueba. ii. El principio de legitimidad de la prueba. iii. El principio de inmediación de la prueba. iv. El principio de identidad física del juzgador. v. El impulso procesal de oficio. vi. El principio de valoración razonable de la prueba. g) El derecho a una sentencia justa. i. Principio “pro sententia”. ii. Derecho a la congruencia de la sentencia. h) El principio de la doble instancia. i) El principio de cosa juzgada. j) Derecho a la eficacia material de la sentencia. G. La reparación por error judicial. III. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

(*) El autor es Secretario Adjunto *a.i.* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y profesor titular de los cursos de Derechos Humanos I y II de la Universidad de La Salle, San José, Costa Rica. Las opiniones contenidas en este artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan necesariamente las opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de su Secretaría.

(**) En homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio, a quien tuve el gusto de servir en la Corte Interamericana mientras fue Juez y Presidente. A él mi agradecimiento por su amistad y sabio consejo y, por qué no, por su fino humor en todo momento.

El derecho a un debido proceso legal¹ es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores judiciales hacen incurrir al Estado en responsabilidad internacional. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa procesal”² es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro.³

El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido este como “aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto”.⁴

Es también lógico -al ser el proceso penal el medio por el cual se investigan hechos delictivos- que para garantizar el resultado del mismo y su acervo probatorio, se permita establecer algunas restricciones a la libertad del procesado, pero dentro de ciertos límites previamente establecidos por la ley y teniendo siempre en mente el respeto al derecho a la libertad a partir del principio de presunción de inocencia. Ello ha justificado que se hayan establecido, para el proceso penal, una serie de garantías más amplias que para otro tipo de procesos en los que, por su propia naturaleza, no le serían aplicables.

El tratamiento que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”) le da al debido proceso, está contemplado fundamentalmente en su artículo 8, el cual se debe relacionar con los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 7,⁵ el artículo 9,⁶ el artículo 10,⁷ el artículo 24,⁸ el artículo 25⁹ y el 27,¹⁰ todos de la Convención Americana.

La Convención Americana desarrolla algunos principios del debido proceso que en ella

1 Entendido éste como “el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”, tal y como lo dispone el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cf. Corte I.D.H. *Caso Genie Lacayo*. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74.

2 *Ibidem*.

3 Doctrina que se colige del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

4 Arazi (Roland), *Derecho procesal civil y comercial*, 2da. edición, Bs. As., Astrea, 1995, p. 111.

5 “...2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas... 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios... 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella... 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada (*Las citas continúan en la página que sigue*)

se anotan o se coligen y que son consecuencia de los sistemas penales y procesal penales actualmente en vigencia. Dichos principios apuntan hacia un “garanticismo proteccionista” del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él: el del Estado que realiza la función de investigar los actos que afectan la normal y armónica convivencia social.

Es por ello necesaria la existencia de un justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado, donde las garantías procesales adquieran sentido y actualidad al evitar la arbitrariedad e inseguridad que provocaría en la sociedad una carencia de reglas en la investigación policial y judicial en las que queden de lado los intereses del individuo para proteger el interés general de la averiguación de la verdad real y el éxito de la administración de justicia.¹¹

El interés de este estudio es, precisamente, determinar la trascendencia que tiene el derecho de defensa como herramienta que tiene el individuo -en forma más clara y precisa en materia penal- para repeler toda acto de injerencia por parte de la autoridad pública. A partir de ese enfoque se establece un conflicto, aún no resuelto, entre el interés particular y el interés general, o aún más, con el interés de la víctima de un delito a cuyo infractor se le deben respetar las garantías procesales, conflicto que queda de manifiesto en la siguiente frase del profesor AS-

dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio... 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona...”

6 Principio de legalidad y de retroactividad: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

7 “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.

8 “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

9 “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales...”.

10 Se refiere a la suspensión de garantías en casos de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte y a las garantías que no pueden ser objeto de suspensión.

11 Al considerar los elementos anteriores “se pone de manifiesto la importancia trascendental que tiene el proceso, ya que su propia institucionalidad representa el influjo de muchas corrientes de pensamiento que tienen su idea central en el respeto y vigencia de los Derechos Humanos...”. Thompson (José), *Las garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1991, pág. 63.

TÚA AGUILAR:

Sagrada es la libertad individual, pero también es sagrada la libertad individual de la víctima del delito: así el acusado tiene derechos y deberes, también los tiene igualmente sagrados la víctima, el ofendido, el perjudicado.¹²

Precisamente, una de las críticas más actuales que se hace en relación con la protección de los derechos del imputado¹³ queda de manifiesto en el malestar que dichos derechos, y sobre todo el abuso de los mismos para obtener nulidades o atrasos en el proceso, produce en los derechos de las víctimas de los delitos.¹⁴ Actualmente, no es difícil constatar que el papel pasivo que desarrollan las víctimas de un delito dentro del proceso penal, además de impedirle el ejercicio de derecho de petición (artículo 25 de la Convención Americana), constituye una suerte de “victimización secundaria” que le depara perjuicios adicionales a los sufridos como consecuencia del delito.¹⁵

La disyuntiva es, pues, mantener un justo equilibrio entre la triada libertad individual, interés general y derecho de las víctimas. Es por ello que las nuevas corrientes procesales tienden hacia un sistema acusatorio, en donde todas las partes puedan intervenir en el proceso, no sólo el imputado, sino también los afectados por el hecho ilícito que se investiga. Este aspecto no fue debidamente desarrollado por la Convención Americana, ya que las garantías procesales del debido proceso están diseñadas claramente en beneficio del imputado, situación que debe ser objeto de revisión con el fin de buscar un equilibrio con los derechos de las víctimas. Se requiere, además, que las legislaciones de los Estados se preocupen por darle mayor participación directa a las víctimas de los delitos dentro del proceso penal, tomando en cuenta que incluso se ha creado una nueva disciplina empírica de corte sociológico llamada “victimología”, cuyo objeto de estudio se centra en la víctima del delito.¹⁶

En suma, cada legislación interna contempla los mismos principios o derechos que se es-

12 En: Exposición y Proyecto de Código de Procedimientos Penales de la República de Costa Rica de 1910. El profesor José Astúa Aguilar, de nacionalidad costarricense, formó parte de la primera Corte Centroamericana de Justicia.

13 Entendido este término como aquella persona sometida a la investigación penal por la supuesta comisión de un delito y que tiene una serie de sinónimos como reo, prevenido, encartado, procesado, encausado, acusado, justiciable, etc. Ver en ese sentido: Vázquez Rossi (Jorge E.) *La Defensa Penal*, 3era. edición Rubinzal-Culzoni Editores. Bs. As. 1996. p. 148.

14 “*Parece mentira que el sujeto más importante en el proceso penal sea aquel individuo que violentó las normas de convivencia social que nos rigen, y no precisamente que sea el ofendido, aquel hombre, mujer, niño, niña, anciano o anciana que sufrió el daño y busca su reparo al abrigo de la ley*”. Solís Tullock (Rodolfo), En: Víctima del Agresor y Víctima del Sistema, Artículo publicado en Noticias Judiciales, Febrero-Marzo, 1995, No. 37. Dpto. de Relaciones Públicas, Poder Judicial [de la República de Costa Rica].

15 Véase: Silva Sánchez (Jesús María). La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre víctima-dogmática. En: *Cuadernos de Derecho Judicial, La Victimología*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 15.

16 Sánchez (Cecilia), Comp. *Sistemas penales y Derechos Humanos*. CONAMAJ, 1997. San José, C.R. p. 200.

tablecen en la Convención Americana, o bien, otros. En este trabajo no se pretende establecer criterios únicos sobre principios del debido proceso, porque bien sabemos que pueden ser modificados, si el legislador optare por otros diferentes. Lo que no debiera ocurrir es que, independientemente de que las legislaciones internas contemplen más o menos los mismos principios en sus constituciones o legislaciones específicas, ellos o algunos de ellos, puedan implicar una violación a los principios que la Convención Americana establece, ya que estos deben entenderse como un *cuerpo mínimo de garantías al debido proceso que deben respetarse por todos los Estados que hayan ratificado la Convención Americana*. En ese sentido, dichos Estados pueden disponer de mayores garantías procesales, pero no de menores a las previstas en tal Convención.

Los Estados partes en la Convención Americana tienen la obligación internacional de respetar dichos principios (artículo 1.1 de la Convención) por constituir normas autoejecutables; es decir, normas incorporadas al derecho interno. Por otra parte, en caso de que dichos Estados todavía no hayan establecido dichas garantías mínimas dentro de su legislación interna, tienen la obligación internacional de *“adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de e[st]a Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”* (artículo 2.1 de la Convención Americana).

La Convención Americana en general, es para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, lo que la Constitución es para un Estado democrático. Por lo tanto, es responsabilidad de los Estados Parte en ella que no sea una pura ficción ideológica o una norma programática o bien, una convención nominal.¹⁷ Surge así la necesidad de una jurisdicción interamericana de obligado acatamiento en que los Estados deben respetar los derechos humanos allí establecidos y de adecuar sus legislaciones internas, omisión que los convierte en potenciales violadores de obligaciones generales de carácter internacional.

II. PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO

A. *El Derecho General a la Justicia*

En la base de todo orden procesal está el principio y con él, el derecho fundamental a la justicia, entendida ésta como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Dentro de ese concepto se pretende declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos; lo cual comprende, a su vez, la existencia de un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos que

¹⁷ Haciendo un parangón con LOEWENSTEIN y su teoría sobre la Constitución nominal. LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1957m p. 217-222.

origina la vida social en forma civilizada y eficaz y el acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación.¹⁸

En ese sentido, el debido proceso tiene, ante todo, dimensiones programáticas, no por esto menos vinculantes jurídicamente, que exigen la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia, que no es, más que una consecuencia del monopolio del poder asumido por el Estado y la más importante manifestación del derecho de petición, que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagra en el artículo 25 conforme al cual:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Este derecho de petición es de vital importancia al constituirse en un instrumento fundamental para canalizar la defensa en cualquier tipo de proceso, planteando ante la autoridad judicial competente las gestiones o recursos pertinentes. Además, es un derecho que debe interpretarse en forma amplia, no sólo en la posibilidad de plantear recursos ante el despacho en que se tramita el proceso, sino ante toda oficina judicial en la cual se pueda interponer un recurso (vg. Tribunales o Salas Constitucionales para el ejercicio de los recursos de hábeas corpus y de amparo, o de *habeas data*, donde esté permitido).

Precisamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “el Tribunal Interamericano”), tuvo la oportunidad de referirse al artículo 25 de la Convención Americana en el *Caso Castillo Páez* en los siguientes términos:

Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.

18 Cf. Sala Constitucional de la República de Costa Rica. Voto No. 1739-92. Es oportuno destacar en este trabajo el papel que dicho tribunal ha desarrollado en Costa Rica en su corta existencia, fundamentalmente, al enderezar la actividad jurisdiccional desarrollada en materia penal para reorientarla hacia el respeto de las garantías del imputado establecidas, no sólo en la Constitución, sino en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

...
se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes...¹⁹

El derecho general a la justicia tiene también otras implicaciones aún más inmediatamente exigibles, las cuales pueden, a su vez, afectar el sistema de administración de la justicia en sí, o el derecho de acceso a la justicia para todas las personas.

En relación con lo primero (administración de justicia), hay un postulado fundamental -que aún dista de ser plena realidad, incluso en los ordenamientos más avanzados- como lo es la total independencia, incluso económica, del sistema judicial. En tal sentido, la jurisdicción judicial es exclusiva y universal: exclusiva, en cuanto sólo puede ser ejercida por tribunales dependientes del Poder Judicial, y universal, en cuanto no puede haber materias ni actos inmunes o no justiciables, ni siquiera los llamados actos de gobierno, los cuales, si bien no son anulables judicialmente, están siempre sujetos al control judicial, aunque sólo sea limitadamente para constatar su legitimidad e imponer la correspondiente indemnización. Por lo demás, la inmunidad de los miembros de los Supremos Poderes, además de estar establecida generalmente por las propias Constituciones, no constituye propiamente una excepción a la exclusividad y universalidad de la justicia, ya que se trata de un mero requisito de procedibilidad que lejos de excluir la competencia de los tribunales, la confirma para que, una vez levantado o extinguido el fuero especial, los funcionarios puedan ser llevados a juicio.

En lo que respecta a lo segundo (acceso por igual a la justicia), además del genérico derecho de petición contemplado en el artículo 25 de la Convención Americana, hay una serie de atributos complementarios, entre los cuales tenemos los principios generales de igualdad y de "justicia pronta y cumplida":

B. *El derecho y principio general de igualdad*

Está recogido, junto con su contrapartida de no discriminación, en el artículo 24 en relación con el 1.1 de la Convención Americana, así como en la mayoría de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Este principio tiene la particularidad de que su dualidad demuestra que la igualdad, además de criterio de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, es en sí misma un derecho fundamental, de modo que también se viola éste cuando se discrimina respecto de derechos no fundamentales. Este principio y derecho, aplicado como igualdad procesal, no parece permitir ninguna posible distinción, aún cuando, como principio general, sean permitidas ciertas distinciones para sectores de la población que por determinadas circunstancias se encuentran en situación de discriminación (conforme a la máxima "igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales").

¹⁹ Corte I.D.H. *Caso Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párrs. 82 y 83.

En general, el acceso universal a la justicia es para toda persona, indiferentemente de su sexo, edad, color, nacionalidad, origen o antecedentes, o cualquier otra condición social, todo lo cual plantea, a su vez, corolarios, como la gratuidad de la justicia, el informalismo, etc.

C. *Justicia pronta y cumplida*

El derecho a que la justicia se administre en forma cumplida y prontamente, tiene que ver por una parte, con el “derecho a una sentencia justa”, y por otra, con el desarrollo de la tesis de que la duración excesiva y no justificada de los procesos penales constituye una grave violación del derecho a una justicia pronta, de conformidad con los artículos 8 y 7.4, 7.5 y 7.6 de la Convención Americana.

Cabe indicar que ni la Jurisprudencia de la Corte Interamericana ni de la Corte Europea de Derechos Humanos han llegado a establecer una duración determinada o absoluta en función de las normas que disciplinan el debido proceso. Lo que se ha establecido, es el análisis de las circunstancias de cada caso en cuestión para poder determinar si ha habido o no violación de dicho principio. La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de analizar el principio del plazo razonable, el cual se deduce de los artículos 7.5 y 8.1²⁰ de la Convención Americana. Según dicho Tribunal, tal principio tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente.²¹ Para dichos efectos, y retomando el desarrollo jurisprudencial de la Corte Europea en varios de sus fallos,²² la Corte Interamericana ha seguido varios parámetros fundamentales para determinar, si en un caso en concreto, ha habido retardo injustificado o no. De acuerdo con el Tribunal Interamericano, se deben tomar en cuenta los siguientes tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso:

- a) La complejidad del caso,
- b) la actividad procesal del interesado y,
- c) la conducta de las autoridades judiciales.²³

La complejidad del caso dependerá del número de imputados dentro de una misma causa, la cantidad de delitos que se investigan, la voluminosidad del expediente y el acervo probatorio.

20 Artículo 7.5: “Toda persona detenida o retenida deber ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a *ser juzgada dentro de un plazo razonable* o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...”. El artículo 8.1 dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (subrayados no son del original). Este último artículo es similar al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

21 Corte I.D.H. *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No 35, párr. 70.

22 Ver entre otros, Eur. Court H.R., *Motta* judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; *Ruiz Mateos v. Spain* judgment of 23 June 1993, Series A no. 262.

23 Corte I.D.H. *Caso Genie Lacayo*. *Op. cit.* párr. 77.

Si esas circunstancias se dieran, sería normal que el proceso se prolongara un tiempo más que los procesos normales.²⁴

En cuanto al segundo elemento (actividad procesal del interesado), es evidente que el procesado tiene el derecho de utilizar todos los recursos que la misma ley dispone a su favor para el ejercicio de su defensa y en resguardo del debido proceso legal. No obstante, un ejercicio abusivo y de mala fe de dichos recursos, o la interposición de recursos inexistentes que evidencie una clara intención de dilatar el proceso y obtener ciertos beneficios indirectos como, por ejemplo, la prescripción de la causa, conducen a que el retardo no sea justificado porque el mismo sería atribuible a su conducta dolosa (a lo que se puede aplicar la máxima “no se puede obtener beneficio de su propio dolo”). Todos esos deberes se imponen a las partes en general y tienen que ver con los principios éticos de acatamiento obligatorio para todo profesional en Derecho y su inobservancia podría acarrear la aplicación de un régimen disciplinario en su contra por parte de la autoridad jurisdiccional correspondiente.

Debe quedar claro que si bien los tribunales pueden ejercer los controles dichos y velar por la regularidad del proceso, en modo alguno ello puede prestarse para restringir el derecho de defensa o limitar las facultades de las partes. Esto conlleva la dificultad de determinar objetivamente el abuso del derecho por parte del imputado en el ejercicio de su derecho de defensa, por lo que tal régimen disciplinario, así como las consecuencias en el retardo por esas causas, debe aplicarse en forma excepcional y sólo para casos graves en los que sea evidente que la actuación de la defensa se dirige a obstaculizar o a atrasar maliciosamente el curso normal del proceso.

Finalmente, el tercer elemento (conducta de las autoridades judiciales), tiene que ver con que el retardo sea producto de la lenta tramitación del proceso en forma dolosa o negligente por parte del juzgador (vg. el no impulsar de oficio el proceso, lentitud en la evacuación de prueba ofrecida por las partes, no dictar sentencia en un plazo razonable cuando los autos se encuentran listos para dicho dictado, etc.). Así, por ejemplo, en el caso *Genie Lacayo*, la Corte Interamericana determinó que el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia interpuesto por la parte acusadora no había sido resuelto, no obstante las diversas solicitudes de las partes. Se determinó que “[i]ncluso considerando la complejidad del asunto, así como las excusas, impedimentos y sustitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el plazo de más de dos años que ha [bía] transcurrido desde la admisión del citado recurso de casación no e [ra] razonable y por consiguiente violatorio del artículo 8.1 de la Convención Americana”.²⁵

Hasta ahora, la Corte Interamericana ha declarado con lugar la violación de la Convención Americana por retardo injustificado en el proceso en el caso *Genie Lacayo* mencionado, en el que requirió al Estado de Nicaragua, el restablecimiento del derecho violado resolviendo el proceso interno en un plazo razonable.²⁶ En otro caso (*Suárez Rosero* contra el Ecuador), se de-

24 *Ibid.*, párr. 78.

25 *Ibid.*, párr. 80.

26 *Ibid.*, párr. 94.

terminó que un proceso termina cuando se dicta la sentencia definitiva y firme, lo cual agota la jurisdicción correspondiente. En materia penal, se determinó que dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. En el caso concreto del señor Suárez Rosero se concluyó que el plazo global del procedimiento interno tardó más de 50 meses, período que excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Aunado a ello, no se encontró justificación alguna para que el señor Suárez Rosero estuviera privado de libertad por más de tres años y diez meses cuando la ley ecuatoriana establecía una pena máxima de dos años para el delito por el cual fue finalmente condenado (delito de encubrimiento).²⁷

En conclusión, para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso, se deben estudiar las eventuales demoras y sus causas dentro de lo que se ha llamado “*análisis global del procedimiento*”. Bajo ese criterio, la Corte Interamericana determinó en el caso *Genie Lacayo* citado que, aún “*cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría General de la República de Nicaragua para formular acusación ante el juez de primera instancia... realizando el cómputo a partir de [la] fecha en que e[1] juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta [el momento] en que todavía no se ha[bía] pronunciado sentencia firme, [transcurrieron] más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención*”²⁸ (subrayado no es del original).

Importancia capital tiene el precedente internacional anterior, máxime que el retardo en los procesos es una constante en los Estados Americanos. Por otra parte, el utilizar como eximente del retardo de un proceso el recargo de trabajo del Poder Judicial o la “congestión de los juzgados penales” -como fue alegado por Nicaragua en su contestación de la demanda en el caso *Genie Lacayo*-, no libera a los Estados de su obligación internacional de tramitar los procesos con la debida celeridad.

D. *El Derecho a la Legalidad (artículo 9 de la Convención Americana)*

Aunque el principio de legalidad y el correspondiente derecho de todas las personas a la legalidad parecen referirse más a problemas de fondo que procesales, tienen sin embargo, repercusiones importantes en el debido proceso, aun en su sentido estrictamente procesal.

En los términos más generales, el principio de legalidad en un Estado de Derecho postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico a partir de su definición básica, según la cual, toda autoridad o institución pública solamente puede actuar en la medida en que se encuentre facultada para hacerlo por el mismo ordenamiento.

²⁷ Cf. Corte I.D.H. *Caso Suárez Rosero*, *Op. cit.* párrs. 70-75.

²⁸ Corte I.D.H., *Caso Genie Lacayo*, *Op. cit.* párr. 81.

La fórmula se puede expresar en términos generales de la siguiente manera: para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado. Este principio tiene dos corolarios importantes: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, que en este campo es casi absoluto.

En la Convención Americana el principio de legalidad está regulado en materia penal en el artículo 9, y resulta, además, del contexto de éste con el artículo 7, el cual recoge el principio general de libertad -para las personas privadas de ella-. Es en virtud de la presencia de todos esos elementos del principio de legalidad que prácticamente toda la materia procesal está reservada a la ley formal, es decir, a normas emanadas del órgano legislativo y por los procedimientos de formación de las leyes, con exclusión total de reglamentos autónomos y casi total de los propios reglamentos ejecutivos de las leyes. La ley procesal debe ser suficiente para disciplinar el ejercicio de la función jurisdiccional y de la actividad de las partes ante ella, en forma tal que no queden lagunas importantes por llenar, reglamentaria ni subjetivamente. Por último, las exigencias de la ley procesal han de tener garantizada eficacia material y formal, al punto de que en esta materia las violaciones a la mera legalidad se conviertan automáticamente en violaciones al debido proceso.

E. *El Debido Proceso o el Derecho de Defensa en General*

El artículo 8 de la Convención Americana desarrolla extensamente el derecho general a la defensa, tanto en lo penal como en toda materia sancionadora o que pueda desembocar en la supresión o restricción de derechos subjetivos de las personas. El párrafo 1º desarrolla dicho derecho para todo tipo de procesos y los incisos 2º a 5º específicamente para el proceso penal. El derecho general de defensa implica otros derechos, particularmente el de igualdad o equidad procesal (también llamado “igualdad de armas”) y el de audiencia previa. En materia penal contempla, además, los principios de imputación e intimación, así como el derecho a la motivación o fundamentación debida de toda resolución procesal.

El debido proceso como garantía constitucional, generalmente está regulado en términos muy generales,²⁹ razón por la cual debe nutrirse de ciertos requisitos mínimos para no transformarse en un concepto vacío de contenido, meramente formalista.³⁰ Quizá por ello es que los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de establecer dicho enunciado general, se han preocupado por suministrar requisitos básicos mínimos que deben estar presentes dentro del concepto de debido proceso.

29 Para citar un solo ejemplo, la Constitución Nacional de la Argentina, que lo formula de la siguiente manera en su artículo 18: “*Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*”.

30 O como lo afirma Edwards, “*en una parodia procedimental que vulnera las más elementales garantías*”. Edwards, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*. Editorial Astrea, Bs. As. 1996, p. 88.

En lo fundamental, el debido proceso en general, tiene como pilares insoslayables los principios de audiencia previa y la igualdad de todas las partes procesales para ejercer su derecho de defensa en idénticas condiciones, es decir, mediante el otorgamiento de iguales oportunidades para presentar y analizar pruebas, interponer recursos y presentar observaciones dentro de plazos o términos iguales para todos.

La audiencia previa es vital, en todo tipo de proceso, para que la persona perjudicada tenga la oportunidad de defenderse de los cargos que se le imputan -independientemente de la naturaleza que sean- antes de que se emita una resolución final. La omisión de estas garantías generalmente deviene en nulidad de lo actuado, dependiendo de la gravedad de la omisión. Un precedente importante en esta materia es el caso *Ruiz Mateos* contra España³¹ en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró la violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por estimar que se violó el justo procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad por violación de los *principios de igualdad procesal y de contradicción*, ya que en el procedimiento ante el Tribunal Constitucional Español *no se concedió el trámite de audiencia al demandante del litigio civil que sí se le había concedido al Abogado del Estado*.

F. *El Debido Proceso en materia penal*

Existe una estrecha relación entre los derechos humanos y el proceso penal que se genera en la propia naturaleza de este tipo de proceso donde se compromete la libertad personal del imputado. Es allí donde se presentan mayores violaciones a los derechos fundamentales, especialmente, en la etapa investigativa al momento de recopilar la prueba. Si a ello se le suma la carencia de asistencia letrada en esa fase inicial, o si se obstaculiza la comunicación abogado-imputado, tenemos que es aquí donde los derechos procesales desarrollan su máximo potencial como derechos fundamentales.

Como aspectos generales el derecho de defensa en materia penal, debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura algunas por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar respeto al imputado y a su defensor. Al primero, en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme; al segundo, por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la persona que defienda y el tipo de causa o la gravedad de los hechos que se le atribuyan.

Aunado a lo anterior, están las cuestiones que tienen que ver con las condiciones de los procesados sometidos a detención preventiva como medida cautelar, ya que en esas circunstancias las violaciones al debido proceso adquieren una sensibilidad mayor. Precisamente, muchos instrumentos internacionales contienen disposiciones sobre el trato dado a las personas deteni-

³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Ruiz Mateos c/ España*. Sentencia de 23 de junio de 1993.

das en espera de juicio, entre los que podemos citar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, etc. Incluso, en 1990, el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente exhortó a los órganos de las Naciones Unidas a que ayudaran a los países a mejorar las condiciones de la prisión preventiva y a elaborar medidas no privativas de la libertad eficaces como opciones sustitutorias de la prisión preventiva y pidió al Secretario General que apoyara la labor realizada con esa finalidad.³²

Las exigencias del principio general del debido proceso se extreman en el campo del proceso penal, en el cual se manifiestan, además de en aquellos principios generales, en los siguientes: el derecho de defensa en sí, el principio de legalidad, el principio de juez regular o natural, el principio de inocencia, el principio *in dubio pro reo*, el derecho a una sentencia justa, el principio de doble instancia y la cosa juzgada.

- a) *El derecho de defensa en sí (artículo 8.2, a, b, c, d, e, f y g, y 8.5 de la Convención Americana)*

Se desprende de los incisos a), b), c), d), e), f), g) y h) del párrafo 2°, y de los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 8 de la Convención Americana, de todo lo cual resulta toda una serie de garantías mínimas, las cuales se explican a continuación:

- i. *El derecho del procesado a ser asistido por un traductor o intérprete (artículo 8.2.a de la Convención Americana)*

La finalidad de esta garantía es que el procesado, ya sea por su elección o en su defecto, por acción gratuita del Estado, tenga la opción de obtener los servicios de traducción en caso de que no comprenda el idioma del juez o tribunal que conoce del proceso. Este es quizás uno de los fines del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares como se analizará en el punto siguiente.

El intérprete viene a ser la persona que relata en el idioma nacional del tribunal que conoce la causa, el contenido de la declaración que presta el imputado que no habla dicho idioma. El traductor, en cambio, es el que expresa en el idioma oficial el contenido escrito de un documento formulado en otra lengua.³³

³² Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990. Informe preparado por la Secretaría de las Naciones Unidas, No. de venta: S. 91.IV.2), cáp. I, secc. C, resolución 17.

³³ Edwards, Carlos Enrique, *Op. cit.*, p. 104.

Es palpable que esta asistencia, que debe ser gratuitamente proporcionada por el Estado, tiene mayor relevancia en la actualidad como consecuencia de la cada vez mayor comisión de delitos de carácter internacional, como por ejemplo, narcotráfico, trasiego ilegal de órganos, adopciones ilegales, etc., lo cual incrementa el número de extranjeros que puedan estar involucrados en la comisión del delito.

ii. *El principio de intimación y de imputación (artículo 8.2.b de la Convención Americana)*

Esta garantía debe analizarse conjuntamente con la contenida en el inciso 4 del artículo 7 de la Convención Americana que establece el derecho de toda persona detenida o retenida de ser informada de las razones de su detención y a ser notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

El principio de intimación es el que da lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos; es decir, a ser puesto en conocimiento de la acusación desde el primer momento, incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo, por parte del Ministerio Público. Es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; y esto sólo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo imputado, con su defensor.

El principio de imputación es el derecho a una acusación formal. Necesariamente debe cumplirse en favor de cualquiera a quien se pretenda someter a un proceso. Es, pues, deber del Ministerio Público o del órgano acusador correspondiente, aún inicialmente, individualizar al imputado, describir detallada, precisa y claramente el hecho de que se le acusa y hacer una clara calificación legal del hecho, señalando los fundamentos de derecho de la acusación y la concreta pretensión punitiva,³⁴ y aún más, los elementos de prueba que la fundamentaron.

El alcance de esta garantía es que toda autoridad que intervenga en los actos iniciales de la investigación vele porque el imputado conozca inmediatamente y de forma comprensible cuáles son sus derechos como acusado. La autoridad debe, por tanto, comprobar que el sujeto realmente ha entendido lo que se le dijo y sobre cuáles son sus derechos previstos en la Constitución y leyes del país y en el Derecho Internacional vigente en el mismo.

Aparejado a lo anterior está el principio de intimación, el cual consiste en el derecho del imputado de conocer la causa o el motivo de su detención, así como el funcionario que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra.³⁵ Esta garantía represen-

34 Ver por ejemplo, artículo 303 del Código Procesal Penal de la República de Costa Rica.

35 "... el derecho de audiencia de nada serviría si el imputado no es puesto en condiciones óptimas de ejercer su defensa material. Para ello resulta de fundamental importancia el derecho a ser informado oportunamente sobre la ... imputación que se le dirige y sobre los elementos de prueba que fundan la sos-

ta el primer paso para conseguir el ejercicio pleno del derecho de defensa, ya que la única forma de refutar la acusación y la prueba de cargo y de estar en disposición de ofrecer la prueba de descargo, es el conocer con detalle la conducta ilícita que se le atribuye, la prueba en que se apoya y la autoridad que tramita el caso.³⁶

Lo fundamental de este derecho es que el imputado no sea objeto de detenciones prolongadas, que es el período de tiempo durante el cual se producen la mayoría de las violaciones de sus garantías procesales y, por otra parte, el que pueda ejercer el derecho de petición (artículo 25 de la Convención Americana) contra la autoridad correspondiente en forma inmediata, ejerciendo, por ejemplo, acciones de amparo o hábeas corpus.

Estas garantías de imputación e intimación son de acatamiento obligatorio, ya que a partir de su omisión pueden presentarse las primeras violaciones al debido proceso, por lo que representan una marcada preocupación en el Derecho Internacional, al punto que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares la ha establecido a través de un mecanismo indirecto como parte de una obligación internacional recíproca en su artículo 36 que establece el derecho de las personas detenidas en otros países diferentes al de su nacionalidad, de ser informadas sin dilación por parte del Estado receptor, de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares de su país. La finalidad de esta obligación para el Estado receptor es que el procesado extranjero tenga oportunidad de que autoridades consulares de su Estado, mediante el mecanismo que consideren oportuno, le provean un defensor a fin de que su derecho al debido proceso no sea nulatorio. Ello por cuanto probablemente se encuentre en desventaja por diferencias de idioma, desconocimiento del sistema legal, etc. Esa situación es aún más palpable cuando se trata de procesos en que está de por medio la pena capital.

Finalmente, esta garantía se complementa con la de la asistencia de un intérprete o traductor para el imputado que no habla el mismo idioma del tribunal que conoce la causa, ya que la información detallada del hecho imputado (intimación e imputación), se le deberá hacer saber al procesado por medio de intérprete en esos casos.

En la actualidad, la materia está siendo discutida en los foros internacionales debido a que se han presentado casos de ejecución de la pena de muerte en los Estados Unidos de América, contra extranjeros a quienes se ha procesado y condenado sin que las autoridades consulares del Estado del cual son nacionales hayan sido notificadas.³⁷ Actualmente se encuentra en

pecha. Tal derecho, que referido al juicio se conoce con el nombre de intimación de la acusación, reclama la comunicación clara, precisa y circunstanciada (modo, tiempo y lugar) acerca de los cargos en su contra y del fundamento jurídico y probatorio de tal atribución...". Garita Vílchez (Ana Isabel), *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Moderno: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1991. p. 14.

³⁶ Ver: Ferrandino Tacsan (Álvaro) y Porras Villalta (Mario A.), *La Defensa del Imputado*. En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Corte Suprema de Justicia, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Daniel González y otros, San José, Costa Rica, 1996. p. 303.

³⁷ La Corte Internacional de Justicia resolvió favorablemente unas medidas cautelares para que un

trámite ante la Corte Interamericana, una solicitud de opinión consultiva (OC-16) sometida por el Estado mexicano sobre idéntica materia.³⁸

iii. *Concesión del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa (artículo 8.2.c de la Convención Americana)*

Es la concesión del tiempo y medios razonablemente necesarios para una adecuada preparación de la defensa, lo cual debe necesariamente valorarse en cada caso atendida su complejidad, volumen, etc.

Es el derecho del imputado de poder efectuar indicaciones tendentes a la demostración de los hechos en un proceso, ya sea a través de sus declaraciones o mediante instancias procesales oportunas. Ello incluye la facultad de pedir careos, indicar y agregar documentos, señalar testigos y todo aquello que resulte pertinente por medio de la actividad probatoria.

La discusión que se hace en esta materia es si el operador judicial que conoce de la causa está obligado a realizar la gestión solicitada por el imputado. Lo fundamental es entender que si bien el juez tiene un poder discrecional para valorar la prueba, el mismo no es arbitrario. Quiere decir que mientras la prueba solicitada no resulte impertinente o inútil para los fines de la investigación, no cabría una negación para su diligenciamiento, ya que es improcedente obstruir la estrategia de defensa del imputado sin un debido razonamiento, siempre que aquella no sea un evidente mecanismo para dilatar el proceso u obstaculizar la justicia.

Si bien un retardo indebido en una causa es una violación clara del proceso como se analizó supra, lo contrario, es decir, un proceso sumarisimo, más que representar una suerte de celeridad, constituye una clara violación al debido proceso por carecer el imputado del tiempo y de los medios para preparar su defensa. Así por ejemplo, en el caso *Loayza Tamayo*,³⁹ la señora María Elena Loayza Tamayo fue puesta a disposición de un Juez Especial de Marina para su

nacional del Paraguay (Juan Francisco Breard) no fuera ejecutado antes de que se resolviera en esa instancia internacional el presunto incumplimiento, por parte de los Estados Unidos de América, de la obligación internacional contenida en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (“Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)”, Request for the Indication of Provisional Measures, Order of April 9, 1998). Si bien la Secretaria de Estado de los Estados Unidos de América, señora Madelaine Albright, le pidió al Gobernador del Estado de Virginia que suspendiera la ejecución, tal hecho no ocurrió debido a que dicho Gobernador consideró que el Estado de Virginia no había suscrito y ratificado la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, lo cual evidencia el desconocimiento más rotundo sobre los alcances de la responsabilidad internacional de los Estados Federados.

38 En dicha solicitud, el Estado mexicano pidió que la Corte contestara varias preguntas, entre las cuales se encuentra la siguiente: “... Tomando en cuenta el objeto y fin del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena, ¿debe interpretarse la expresión ‘sin dilación’ contenida en dicho precepto, en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido por delitos sancionables con la pena capital de los derechos que le confiere el propio artículo 36 (1)(b), *en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policíacas o judiciales?...*” (subrayado no es del original).

39 Corte I.D.H. *Caso Loayza Tamayo*. *Op. cit.* párr. 46.

juzgamiento -siendo ella civil- el 27 de febrero de 1993 y para el 5 de marzo del mismo año (menos de 10 días después), ya se había dictado sentencia de primera instancia.

iv. *Defensa material y defensa técnica (artículo 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana)*

Es el derecho a defenderse por sí mismo o de ser asistido por un defensor privado o uno proporcionado por el Estado y el derecho irrestricto a comunicarse privadamente con su defensor.

La defensa material o privada consiste en el derecho del imputado de defenderse personalmente y la defensa técnica -también llamada pública o formal-⁴⁰ consiste en que el imputado pueda ser asistido por un defensor letrado de su elección, o en su defecto, suministrado por el Estado.⁴¹

Es tal la importancia de la asistencia legal del imputado, que la Corte Interamericana en su opinión consultiva OC-11, calificó la ausencia de esta garantía como una de las excepciones para el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. En esa oportunidad dijo: “...si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la convención, no puede exigírsele su agotamiento”.⁴²

Siendo que la defensa técnica, sin restarle importancia a la defensa material, es una garantía latente durante todo el proceso, es fundamental tener como regla que todo imputado tiene el derecho de ser asistido por un profesional letrado desde el primer acto del procedimiento; es decir, desde el momento en que se le informa que será detenido a la orden de la autoridad pública.⁴³ Ese primer acto del procedimiento, coincide según la Doctrina, con la primera e imper-

40 Cruz Castro (Fernando), *La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho*, ILANUD, San José, Costa Rica. 1989, págs. 61 y 62.

41 En la defensa material su titular es un lego en la materia, lo cual podría acarrear imprecisión e ineffectividad en la defensa, por lo que la tendencia más generalizada es restarle importancia por considerársele inoportuna o hasta contraproducente, pero no descartable del todo, ya que lo más conveniente es encontrar un equilibrio entre ambas modalidades de defensa. Ver: Ferrandino Tacsan (Álvaro) y Porras Villalta (Mario A.). *Op. cit.* p. 302.

42 Corte I.D.H., *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11. Punto resolutivo No. 1.

43 Lo anterior fue desarrollado ampliamente por la Sala Constitucional de la República de Costa Rica, la cual dispuso: “...todo detenido tiene derecho a comunicarse, por la vía que él escoja, con su familia, amigos o abogado, en el momento en que se le informa que va a quedar detenido a la orden de la autoridad pública, o en el momento en que él lo estime oportuno, mientras se produce dicha detención... en el caso de que no existan medios públicos de comunicación, es obligación de la administración el facilitarle el suyo para tales efectos...”. Sala Constitucional de la República de Costa Rica, voto No. 456-92.

fecta formulación de la acusación o inculpación formulada por la autoridad judicial⁴⁴ o policial. Precisamente, es por parte de esta última, que es más usual que ocurran violaciones al debido proceso, ya sea mediante la obtención de declaraciones sin la presencia de un abogado o mediante el uso de tácticas intimidatorias.⁴⁵

Otra fase procesal que debe ser analizada con detenimiento en esta materia es la etapa judicial de la incomunicación legalmente decretada, durante la cual, no obstante, no deben tener acceso al imputado en ningún caso, la parte acusadora ni las autoridades de investigación. Tampoco puede el aislamiento, en modo alguno, utilizarse para debilitar la resistencia física o moral del imputado para obtener de él pruebas o declaraciones. Las restricciones necesarias que se impongan al acceso del acusado a su defensor, deben ser las mínimas indispensables para lograr el fin único de impedir que su comunicación se utilice para entorpecer la averiguación de la verdad. Además, debe permitírsele siempre la garantía sucesoria del acceso a un defensor público, el cual, sin perjudicar aquellos fines, vele permanentemente por la garantía de sus derechos.

Así la Corte Interamericana ha caracterizado a la incomunicación de la siguiente manera:

es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención, y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.

...

Una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.⁴⁶

En el caso concreto del señor Suárez Rosero, el Tribunal Interamericano consideró que la sola constatación de que la víctima fue objeto de incomunicación con el mundo exterior y

44 Cf. González Álvarez (Daniel), *La Obligatoriedad de la Acción en el Proceso Penal Costarricense: Notas sobre la Función Requirente del Ministerio Público*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, C.R., 2da. edición, 1992, pág. 52.

45 Precisamente es en la etapa previa a la investigación judicial, es decir cuando el detenido está en manos de la Policía administrativa, que el imputado se encuentra más vulnerable a la violación del debido proceso y de la garantía de comunicación con un defensor de su elección. Como lo sostiene Thompson, "...es en esta etapa en la que los excesos se producen con mayor frecuencia. El uso de la tortura para obtener pruebas y la imposibilidad de comunicarse con un abogado y, aún con los familiares, no son hechos ajenos a la realidad latinoamericana en la etapa investigativa de lo penal...". Thompson (José), *Op. cit.*, pág. 127.

46 *Caso Suárez Rosero. Op. cit.* párrs. 51 y 90.

particularmente con su familia durante 36 días, le permitió a la Corte concluir que dicho señor fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando quedó demostrado que la incomunicación fue arbitraria.^{47/48}

La distinción entre tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes no siempre es fácil de determinar. Así, la Corte Interamericana ha dicho que la *“infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta...”*⁴⁹

La otra faceta de esta garantía que tiene una relevancia fundamental y tal vez es una de las más importantes del derecho de defensa, es el derecho del imputado de comunicarse privadamente con su defensor. Ello es imprescindible para preparar la defensa técnica, valorar la conveniencia o no de la declaración del imputado y la forma de hacerlo y toda aquella información que debe ser mantenida en secreto y que le pueda dar seguridad al imputado de que no se utilizará ningún mecanismo jurídico mediante el que se pueda revelar la información suministrada. Esta garantía ha sido desarrollada ampliamente por medio de los principios básicos de las Naciones Unidas sobre la función de los abogados de la siguiente manera:

...8.- A toda persona arrestada, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación...

Como precedente jurisprudencial internacional, se puede citar el caso *Loayza Tamayo*, en el cual la Corte Interamericana tuvo por demostrado que la señora María Elena Loayza Tamayo estuvo incomunicada administrativamente y que no pudo comunicarse con su familia y que en el fuero militar peruano existió una práctica que dificultó el derecho a los procesados por traición a la patria a escoger un abogado defensor de su confianza, así como que en el proceso seguido luego en su contra ante el fuero civil por el delito de terrorismo (por los mismos he-

47 Continuó manifestando la Corte Interamericana que: *“La víctima señaló ante la Corte los sufrimientos que le produjo verse impedida de la posibilidad de buscar un abogado y poder ver o comunicarse con su familia. Agregó que, durante su incomunicación, fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene y se vio obligado a dormir sobre hojas de periódico y los golpes y amenazas a los que fue sometido durante su detención. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometido el señor Suárez Rosero la característica de cruel, inhumano y degradante”*. Corte I.D.H. *Caso Suárez Rosero*, *Op.cit.* párr. 91.

48 En un fallo de la Sala Constitucional costarricense se estableció, con mayor rigurosidad, que la incomunicación *“no tiene una finalidad relacionada con la investigación policial, solo con la jurisdiccional... no puede utilizarse para permitir que los encargados de la investigación policial sometan a interrogatorio al detenido, ello transforma la incomunicación en tortura...”* Voto No. 789-91.

49 *Caso Loayza Tamayo*. *Op. cit.*, párr. 57.

chos), no obstante que pudo escoger un abogado de su elección, se le obstaculizó el acceso al expediente y el derecho a ejercer la defensa en forma amplia y libre.⁵⁰

Precisamente en materia penal, es vital que al imputado se le provea de defensa técnica letrada desde el inicio de la investigación policial para evitar las conocidas confesiones extrajudiciales mediante las cuales se consigue prueba en forma ilegal que podría anular el proceso en ciertas circunstancias.

- v. *El acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas (artículo 8.2.f de la Convención Americana)*

Es claro que el artículo 8 de la Convención en general, vigila porque el proceso legal tenga un corte acusatorio (garantismo, contradicción, oralidad, etc.), lo que le otorga al imputado la facultad de participar en forma activa en la producción de la prueba, particularmente interrogando, repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos. Ello evidencia, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, salvo una absoluta imposibilidad material. Es además, un derecho del imputado, fiscalizar la legalidad de la prueba para determinar su veracidad e imparcialidad, hacer las observaciones pertinentes e impugnarla en la etapa procesal correspondiente.

Esta garantía importa el derecho del imputado y su defensor de intervenir en el proceso y, particularmente, de hacerse oír por el juez, de traer al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa, de controlar la actividad de la parte o partes contrarias y de combatir sus argumentos y las pruebas de cargo.

La deficiencia que tiene esta garantía del artículo 8.2.f) de la Convención Americana es que al igual que su homóloga del artículo 14.3.e del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas,⁵¹ se limita únicamente a dos medios de prueba: testimonial y pericial.

No obstante, en la práctica la defensa debe intervenir en la producción de toda la prueba que se produzca en el proceso a pesar de la deficiencia terminológica dicha. Un corolario fundamental de este principio es que todos los elementos probatorios, una vez introducidos al proceso, deben ser comunes a todos los sujetos procesales.

- vi. *El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (artículo 8.2.g de la Convención Americana)*

Es común que esta garantía convencional sea extendida en las constituciones nacionales para que el imputado tampoco sea obligado a declarar contra sus parientes inmediatos ni a con-

50 Corte I.D.H. *Caso Loayza Tamayo*. Op. cit. párr. 46. c, e, i, j.

51 Dicho artículo establece que toda persona acusada de un delito tiene derecho a “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

fesarse culpable, salvo que dicha confesión sea hecha sin coacción de ninguna naturaleza (lo óptimo sería que las declaraciones que voluntariamente y sin coacción alguna rinda lo sean sin juramento y recibidas única y personalmente por el juez).

El espíritu de esta “inmunidad de declarar” es dejar al arbitrio del imputado si declara o no, pero ante todo, tiene la finalidad de desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en perjuicio de su dignidad humana.⁵²

Ante todo cabe destacar que la abstención a declarar contra sí mismo no crea, en modo alguno, una presunción de culpabilidad en su contra.

vii. *El derecho a un proceso público (artículo 8.5 de la Convención Americana)*

Es generalizada la opinión de que es durante la fase oral del debate que la participación del imputado, en resguardo de su derecho de defensa adquiere su mayor vigencia, pues es allí donde se tendrá la ocasión de someter la prueba al proceso contradictorio, así como de exponer a viva voz las razones jurídicas y fácticas en virtud de las cuales él pueda pedir el rechazo de la acusación.⁵³ No obstante, ello no quiere decir que durante la etapa procesal preparatoria anterior a la fase oral, no deba también el imputado ejercer una activa participación fiscalizadora, especialmente para vigilar el respeto a las garantías procesales, con mayor razón si el procesado se encuentra detenido, momento en el cual tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y se ordene su libertad (artículo 7.6 Convención Americana).

Es precisamente a través de la publicidad del proceso que se concreta uno de los principios del sistema republicano: la publicidad de los actos de gobierno, dentro de los cuales queda comprendido obviamente el Poder Judicial.⁵⁴ Por otra parte, la oralidad es una forma de establecer una actividad contralora de las decisiones judiciales por medio de su transparencia.

b) *El principio de legalidad -“nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”- y el de irretroactividad de la ley penal*

Esta es la regla básica del derecho penal moderno. Se encuentra recogido en el artículo 9 de la Convención Americana, el cual también obliga procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal que, en esta materia, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley sustancial o procesal. No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo.

52 Edwards, Carlos E. *Op. cit.* p. 107.

53 Cf. Ferrandino Tacsan (Álvaro) y Porras Villalta (Mario A.). *Op. cit.* p. 294.

54 Edwards, Carlos E. *Op. cit.* p. 94.

Este principio se refiere también a la no aplicación, en forma retroactiva, de la ley penal en perjuicio del reo y a la aplicación retroactiva de aquellas leyes penales que sí lo benefician (artículo 9 *in fine* de la Convención Americana).

Esta garantía que en la Convención Americana se establece como que “*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable*”, es un principio esencial del derecho penal que implica una clara delimitación del “*ius puniendi*” del Estado, ya que sólo se puede ejercer la potestad punitiva de este cuando la conducta del individuo se encuadre dentro de un tipo penal previamente calificado como delito.

c) *El principio de Juez Regular (Juez Natural) (artículo 8.1 de la Convención Americana)*

Este derecho, que en la tradición anglonorteamericana se ha desarrollado como el llamado “derecho al juez natural”, pero con perfiles muy propios que no corresponden a los de nuestro derecho latino, se recoge especialmente en el artículo 8.1 de la Convención, según el cual:

[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley*, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (subrayado no es del original).

El juez natural es la garantía mínima que debe reportar un proceso para que sea legal y justo. Como corolario de la anterior definición, podemos obtener los siguientes cuatro elementos:

Competencia: es la capacidad que la ley le otorga a los jueces para conocer determinadas causas; es decir, para ejercer su jurisdicción en un caso concreto.

Independencia: es una condición fundamental que implica que el juez no puede tener ningún tipo de subordinación a las partes del proceso.

Imparcialidad: representa al juez como un tercero neutral entre las partes procesales que brinda la seguridad de que decidirá el proceso con objetividad.

Establecimiento con anterioridad a la ley: Se refiere a que el tribunal debe haber sido designado previamente al hecho que se investiga.

En resumen, este principio, que hemos llamado del “juez regular”, representa la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos de los tribunales dependientes del Poder Judicial. Así, debe entenderse que “juez o tribunal competente” es necesariamente la autoridad judicial y ordinaria, lo que excluye toda posibilidad de juzgamiento por tribunales especiales para el caso o para casos concretos, salvo la posibilidad de creación de tribunales establecidos de acuerdo con las Constituciones, pero para casos muy especiales, como los Tribuna-

les de Elecciones para la materia electoral, o los Tribunales Militares para delitos militares cometidos por militares (no para delitos comunes ni para juzgar a civiles).

Si la jurisdicción consiste, en general, en la potestad de administrar justicia y la competencia en la distribución que hace la ley de las diferentes esferas de conocimiento de los tribunales con base en criterios de materia, gravedad o cuantía, territorio y grado, tanto la jurisdicción como la competencia, *son parte del debido proceso*, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares, en la forma dicha.

En varios casos interpuestos ante la Corte Interamericana,⁵⁵ se ha alegado la violación del principio de juez natural a partir de la aplicación de leyes especiales del Fuero Militar en procesos en que se encuentran involucrados civiles. Si bien en el caso *Genie Lacayo*, el Tribunal consideró que no se había aplicado dicho fuero, en el caso *Loayza Tamayo* sí se hizo una incursión en la naturaleza de dichos tribunales militares. Al respecto, la Corte Interamericana consideró que a la señora Loayza Tamayo, se le violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en cuanto a la exigencia de juez competente, por lo que los tribunales militares actuaron *ultra vires* al usurpar jurisdicción. Lo anterior, debido a que al proceso a que estuvo sometida le fueron aplicados Decretos-Leyes en los que la jurisdicción militar carecía de competencia para mantenerla en detención, y menos aún, para ponerla a disposición de “otra” autoridad competente, después de haberse declarado aquella incompetente mediante una sentencia firme absolutoria.⁵⁶ Por otra parte, se demostró que después de dicha absolutoria, la señora Loayza Tamayo fue enjuiciada por un tribunal ordinario “sin rostro” mediante un procedimiento excepcional en el que estaban sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso y no alcanzaba los estándares de un juicio justo, no se reconocía la presunción de inocencia, se prohibía a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas y se le impidió al defensor comunicarse libremente con su defendido.⁵⁷

d) *El principio de inocencia (artículo 8.2 de la Convención Americana)*

Se deriva del artículo 8.2 de la Convención Americana. Este principio requiere la necesaria demostración de culpabilidad. Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que la declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción.

Además, en virtud del estado de inocencia del imputado, no es él quien debe probar su inocencia, sino los órganos que dirigen la acusación los que tienen la carga de la prueba para demostrar su culpabilidad, los cuales están impedidos de coaccionarlo y, con mayor razón, de someterlo a torturas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes -expresamente prohibidos por el artículo 5.2 de la Convención Americana y por la Convención Interamericana para Pre-

55 *Caso Genie Lacayo, y Caso Loayza Tamayo. Op. cit.*

56 *Caso Loayza Tamayo, Op. cit.* párr. 61.

57 *Ibid.* párrs. 46. g y h, 61 y 62.

venir y Sancionar la Tortura,⁵⁸ así como el de que su libertad sólo puede restringirse de manera cautelar y extraordinaria para garantizar los fines del proceso (artículo 7.2 y 7.5 de la Convención) y para prevenir que eluda la acción de la justicia u obstaculice gravemente la comprobación de los hechos, o para evitar que éstos se repitan en ciertos casos graves -como en los abusos sobre personas dependientes-; pero nunca invocando la gravedad de los delitos o de las pruebas que existan en su contra, precisamente porque su estado de inocencia veda de modo absoluto el tenerlo, directa o presuntivamente, por culpable.

Por razones obvias, el principio de inocencia se ejerce únicamente en favor del imputado, es decir, durante la etapa procesal de investigación judicial y mientras no exista sentencia condenatoria firme. En esas circunstancias, las únicas medidas legales posibles de restricción de la libertad del imputado son la detención preventiva o la prisión preventiva y, preferiblemente, otras formas sustitutivas como garantías reales y fiduciarias, restricciones de salidas del país, requerimientos de presentación al tribunal que conoce la causa, arresto domiciliario, etc.

En el caso *Suárez Rosero*, la Corte Interamericana dispuso, en relación con la prisión preventiva, que:

En el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva...[L]a prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente recogidos.⁵⁹

Por lo demás, de conformidad con el artículo 5 de la Convención Americana, en caso de que en el curso del proceso haya que imponer al reo una privación de libertad, ésta ha de cumplirse en las condiciones del menor daño posible al propio reo y a sus familiares, y siempre separándolo de los reos condenados y en lugares no destinados para éstos.

58 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Suscrita en Cartagena de Indias, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entró en vigor el 28 de febrero de 1987 conforme al artículo 22 de la misma.

59 Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*. *Op. cit.*, párr. 77.

e) *El principio “in dubio pro reo”*

Se relaciona con la presunción o, más que presunción, con el estado de inocencia -ambos derivables también del artículo 8.2 de la Convención Americana-, en el tanto en que deben presidir todas las actuaciones del proceso y, desde luego, la sentencia misma.

Implica que la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor. El respeto debido a este principio capital comporta, además, la obligación del juez de prepararse, y de todo el sistema judicial de ayudarlo a prepararse psicológica, espiritual y socialmente para mirar en el imputado al ser humano en desventura, merecedero, no sólo de justicia, sino también de comprensión y compasión. Ello es así máxime si en caso de que se le encontrara culpable, la pena privativa de libertad que se le imponga deberá tener como “*finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*” (artículo 5.6 de la Convención Americana).

Si bien la Convención Americana no contempla expresamente en su texto el principio *in dubio pro reo*, el mismo se colige del principio de inocencia establecido en el artículo 8.2 por ser aquél un corolario directo de éste.

f) *Los derechos al procedimiento*

Como se dijo, el debido proceso implica, precisamente desde sus orígenes, el derecho al debido proceso “legal”, con la consecuencia de que cualquier violación grave del procedimiento en perjuicio del imputado equivale a uno de sus derechos fundamentales y, por ende, de la propia Convención. Entre los principios de regularidad del procedimiento, que generan a su vez derechos para el imputado, merecen destacarse los siguientes: el principio de amplitud de la prueba, de legitimidad de la prueba, intermediación de la prueba, identidad física del juzgador, impulso procesal de oficio y valoración razonable de la prueba.

i. *El principio de la amplitud de la prueba*

Si partimos de que la finalidad del procedimiento penal es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público o la Fiscalía como el juez, tienen el deber de investigar esa verdad objetiva en forma diligente, sin desmerecer ningún medio legítimo de prueba, sobre todo si no resulta manifiestamente impertinente, e inclusive ordenando la que sea necesaria para mejor proveer,⁶⁰ aun si fue ofrecida irregular o extemporáneamente. En materia penal todo se puede probar y por cualquier medio legítimo, lo cual implica la prohibición absoluta de valerse de medios probatorios ilegítimos y de darles a éstos alguna trascendencia formal o material.

⁶⁰ Otro término utilizado como sinónimo sería “prueba para mejor resolver”.

ii. *El principio de legitimidad de la prueba*

Lo dicho en el párrafo anterior plantea un tema difícil, a saber, la prueba ilegítima, su tratamiento formal y su valoración, tema sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia penal y constitucional no alcanzan todavía consenso. Una de dichas posiciones, a mi modo de ver la más correcta, se fundamenta en la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, además de negarle todo valor probatorio en sí a dicha prueba -sobre lo cual no parece haber ninguna discusión-, la misma debe suprimirse del proceso, es decir, se debe suponer que no hubiere existido y, por ende, deberían también invalidarse otras pruebas, no ilegítimas *per se*, en cuanto que hayan sido obtenidas por medio de la prueba espuria.

iii. *El principio de inmediación de la prueba*

Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea. Las pruebas deben llegar al conocimiento del juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en comunicación directa con los demás sujetos del proceso. Se aplica aquí la regla de la oralidad en la fase de juicio para hacer efectiva esa indicación.

iv. *El principio de la identidad física del juzgador*

Por este principio, la sentencia debe ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate desde su inicio hasta el final. Este principio también tiene que ver con el derecho del imputado a conocer quién o quiénes son sus juzgadores, ya que lo asiste el derecho de poder recusarlos en caso de que se produzcan las causales que la ley establece para esos fines. Ello nos lleva a un tema difícil de tratar en estos tiempos: el de los llamados “tribunales sin rostro”, institución muy común en la actualidad para proteger la integridad de los jueces que resuelven sobre delitos de terrorismo y narcotráfico o la combinación de ambos -narcoterrorismo, como se ha empezado a llamar a esta figura-.

Evidentemente, la figura de los tribunales sin rostro representan un obstáculo al derecho del procesado de recusar a su juzgador. Si bien ante la Corte Interamericana se ha alegado dicha figura como violación a la Convención Americana,⁶¹ esta no se refirió *in extenso* al punto concreto, pero como se indicó *supra* (ver el principio de Juez Regular o Natural), sí se hizo un análisis general sobre el principio de juez natural.

v. *El impulso procesal de oficio*

Tiene que ver con la obligación del juez de impulsar oficiosamente el proceso para proteger los derechos del acusado y para velar por la preservación del debido proceso. El impulso procesal de oficio se constituye en un elemento esencial a tomar en consideración al momento

61 *Caso Loayza Tamayo. Op. cit.*

de analizar la conducta de las autoridades judiciales en relación con el retardo injustificado en el proceso.

vi. *El principio de valoración razonable de la prueba*

El proceso penal especialmente, debe excluir la libre convicción del juzgador, el cual tiene, por el contrario, la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea.

La Corte Interamericana se ha referido a la valoración de la prueba por medio de la sana crítica en los siguientes términos:

... los criterios de valoración de la prueba ante un tribunal de derechos humanos revisten características especiales, pues la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona humana, permite al Tribunal una mayor amplitud en la valoración de la prueba testimonial rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.⁶²

Claro está, en materia penal no se aplican los criterios de valoración en forma tan liberal, ya que el objeto y la naturaleza de la investigación, así como sus fines, requieren de formalidades mayores que los tribunales internacionales de derechos humanos.⁶³

Desde luego, la arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como al atribuir a las pruebas recibidas un contenido inexacto o al desdeñar el verdadero -errores de hecho-, o bien, otorgarles un valor probatorio del que razonablemente carecen o negarles el que razonablemente tienen, como podría ser el violar los principios de la sana crítica conducentes a una correcta determinación de la verdad de los hechos relevantes del caso. En este sentido, la afirmación usual de que “el juez de la causa es soberano en la apreciación y valoración de la prueba” resulta claramente violatoria del derecho del imputado al debido proceso: el principio de inmediación de la prueba otorga, obviamente, una amplia discrecionalidad al juzgador inmediato para apreciarla y valorarla, pero no excluye del todo su deber de documentar el contenido de la prueba misma y las razones de su convicción, de manera que puedan ser impugnadas por arbitrarias o gravemente erróneas, como ocurre en el Estado de Derecho con toda discrecionalidad. Todo esto adquiere especial relevancia en el derecho a recurrir del fallo condenatorio, como se verá.

62 Corte I.D.H. *Caso Genie Lacayo*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 42.

63 Corte I.D.H. *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 134 a *contrario sensu*.

g) *El derecho a una sentencia justa*

El debido proceso reclama que su conclusión por sentencia -que tendrá carácter de firmeza- respete al menos ciertos principios vinculados a una verdadera administración de justicia, como por ejemplo, el principio *pro sententia*, derecho a la congruencia de la sentencia, principio de doble instancia, principio de cosa juzgada y el derecho a la eficacia material de la sentencia.

i. *Principio pro sententia*

Según éste, todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculo para alcanzarla, lo cual obliga a considerar los requisitos procesales en forma restrictiva, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, mientras que debe interpretarse de manera extensiva y con el mayor formalismo posible, todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia. Por otra parte, las infracciones procesales sólo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre deberían ser subsanables, mientras no produzcan indefensión, lo cual sí requeriría de una reposición de los actos procesales.

ii. *Derecho a la congruencia de la sentencia*

Es la correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que ésta tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso. Una dimensión importante del principio de congruencia es, además, el de la motivación circunstanciada de la sentencia, señalando y justificando especialmente los medios de convicción en que se sustenta y los que desecha.

h) *El principio de la doble instancia (artículo 8.2.h de la Convención Americana)*

No son pocas las Constituciones Americanas y sus respectivas legislaciones específicas en la materia que no consagran expresamente el derecho a recurrir del fallo judicial en materia penal. En esas circunstancias, la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe funcionar como parámetro de constitucionalidad, o mejor dicho, de “convencionalidad”. Dicha Convención establece expresamente, en su artículo 8º, párrafo 2º, inciso h), entre los derechos del imputado el de

recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

La Corte Interamericana ha tenido la ocasión de referirse a este tema en dos oportunidades distintas⁶⁴ -aunque no en forma tan amplia como hubiera correspondido si otras hubieran sido las circunstancias fácticas que motivaron su pronunciamiento.

64 Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-12/91 y *Caso Maqueda* contra la Argentina.

De este derecho podrían extractarse los siguientes corolarios:

a) Si bien el punto no es uniforme en la doctrina y jurisprudencia comparadas, ese derecho a recurrir del fallo, cuya esencia consiste precisamente en la posibilidad de que un tribunal superior enmiende graves errores del *a quo*, se podría satisfacer con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalista -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, y a condición de que el tribunal de casación tenga potestades para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, las limitaciones al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación; lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia.

b) Que se trata de un derecho a favor exclusivamente del imputado, valga decir, del condenado en la sentencia, por delito. En un caso resuelto en Costa Rica por medio de un recurso de hábeas corpus,⁶⁵ la Sala Constitucional desaplicó las limitaciones para recurrir en casación que imponía el artículo 474 inciso 1º y 2º del Código de Procedimientos Penales de ese entonces, otorgándole al recurrente en el caso concreto, la posibilidad de interponer el recurso de casación. Asimismo, anuló por inconstitucionales esas mismas limitaciones, esta vez con efectos *erga omnes*. Precisamente ese había sido el objeto de la Opinión Consultiva OC-12 solicitada por Costa Rica a la Corte Interamericana, la cual no fue contestada debido a que ante la Comisión Interamericana se encontraban pendientes de resolver, en ese entonces, ocho casos contra ese Estado por la supuesta falta de doble instancia en materia penal.⁶⁶

En otra materia diferente a la penal,⁶⁷ la misma Sala Constitucional declaró inconstitucional una interpretación reiterada del artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimenticias y reconoció el derecho del demandado a recurrir, además de contra el fallo, contra la resolución de fijación provisional de la pensión alimenticia y contra otras resoluciones interlocutorias o de ejecución de sentencia capaces de causar gravamen irreparable al obligado alimentario, pero advirtiendo expresamente que lo hacía así en virtud de principios generales y no del artículo citado de la Convención Americana, por no tratarse de una condenatoria penal por delito.

i) *El Principio de cosa juzgada*

El principio universal de la cosa juzgada implica la impugnabilidad de la sentencia y adquiere en el proceso penal gran importancia en el sentido de que no puede reabrirse una causa penal fenecida y de que, ni siquiera a través del procedimiento especial de revisión -que proce-

65 Sentencia #282-90 de 17:00 horas del 13 de marzo de 1990, expediente #210-P-90.

66 Corte I.D.H. *Compatibilidad de un Proyecto de Ley con el Artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12.

67 Sentencia #300-90 de las 17:00 horas del 21 de marzo de 1990, expediente #84-90.

de precisamente contra la sentencia firme-, se pueda reconsiderar la situación del imputado en su perjuicio, con lo cual la garantía del debido proceso penal implica que el recurso de revisión sólo pueda otorgarse para favorecer al reo.

En general, el principio de la cosa juzgada en materia penal se vincula al principio denominado *non bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención Americana de la siguiente manera:

el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Este principio, que guarda relación directa con el principio “*res judicata*”, busca proteger los derechos de los individuos que han sido condenados por la comisión de determinados hechos, para que luego no sean vueltos a procesar por los mismos, y mucho menos, ser condenados nuevamente. A diferencia de otros instrumentos internacionales que enuncian dicho principio como la prohibición del doble enjuiciamiento por el *mismo delito*,⁶⁸ la Convención Americana utiliza la fórmula “los mismos hechos”, que es una frase más amplia en beneficio de la víctima.

Así lo estableció la Corte Interamericana en la primera sentencia que trató esta materia en que, entre otras violaciones a la Convención Americana, se determinó la violación del principio *non bis in idem*.⁶⁹ En dicho caso sometido contra el Estado del Perú, la Corte Interamericana tuvo por demostrado que a la señora María Elena Loayza Tamayo se le violaron los derechos contemplados en los artículos 5, 7, 8.1, 8.2, 8.4, y 25, en concordancia con el artículo 1.1 de la Convención Americana, al haber sido detenida e incomunicada ilegalmente; objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes; sometida a un segundo proceso después de haber sido absuelta y por habersele violado el debido proceso. La señora Loayza Tamayo había sido detenida por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) el 6 de febrero de 1993 y a la fecha de la emisión de la sentencia de la Corte Interamericana, permanecía encarcelada por habersele considerado culpable del delito de terrorismo y purgando una condena de 20 años dictada por el fuero ordinario. Con anterioridad, había sido procesada por los mismos hechos ante el Fuero Militar, el cual la había absuelto del delito de traición a la patria.

Cabe resaltar que como producto de la violación de dicho principio, la Corte, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención Americana,⁷⁰ procedió a “ordenar la libertad de

68 Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no contempla dicho principio dentro de las garantías judiciales protegidas por su artículo 6, pero sí lo establece en el artículo 4 del Protocolo No. 7 en los siguientes términos: “1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mismo Estado por **una infracción** por la que hubiera sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado ...” (subrayado no es del original).

69 Corte I.D.H. *Caso Loayza Tamayo*. *Op. cit.*

69 El artículo 63.1 de la Convención Americana establece: “[c]uando decida que haya violación de

la señora María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable”, decisión que fue cumplida por el Estado del Perú.

De todo lo anterior se colige que es violatorio del derecho al debido proceso reabrir causa penal ya fallada por unos mismos hechos, aun cambiando su calificación penal o aun a la luz del surgimiento de nuevas o incontrastables pruebas de cargo.

En lo que no hay todavía uniformidad es en si habría violación del *non bis in idem* al imponer al condenado o imputado en causa penal otras sanciones por los mismos hechos, aunque éstas no sean necesariamente de naturaleza penal.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana no hay precedente, pero la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado que dos decisiones litigiosas basadas en un mismo comportamiento, aún cuando éste se encuentre caracterizado en disposiciones distintas, con naturaleza y fines diferentes, violan el principio *non bis in idem*, y por ende, el artículo 4 del Protocolo No. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así lo estableció en el caso Gradinger c/Austria en el que se determinó que, tras haber dado muerte a un ciclista mientras conducía bajo los efectos del alcohol, el señor Gradinger fue condenado por un tribunal penal por violación del artículo 80 del Código Penal. Posteriormente, dicho señor fue también condenado por un tribunal penal administrativo por violación del artículo 5.1 del “Código de la Carretera”, que sanciona el conducir en estado de ebriedad.⁷¹

En un caso resuelto en Costa Rica, se estableció que en esas circunstancias sí habría violación de dicho principio. Así lo estableció de modo expreso, la sentencia #1147-90 de 16:00 horas del 21 de setiembre de 1990 (expediente #208-90), de la Sala Constitucional, en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que cancelaba el derecho de jubilación al funcionario o exfuncionario judicial condenado por delito, entre otras cosas.

j) *Derecho a la eficacia material de la sentencia*

Todas las garantías del Derecho contrastan con una realidad política, económica o social que adrese, imposibilite u obstacule el más cabal e inmediato acatamiento de los fallos judiciales. La autoridad suprema de los jueces es un principio fundamental de todo Estado Democrático de Derecho y un requisito *sine qua non* de la vigencia de la libertad y de los derechos de la persona humana. Dentro de esas garantías, adquieren especial relevancia las consagradas por la exclusividad y universalidad de la justicia en manos de tribunales absolutamente independien-

un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada” (subrayado no es del original).

⁷¹ Cour Eur. D. H., *Affaire Gradinger c. Autriche*, arrêt du 23 octobre 1995, Serie A No. 266, pp. 64-66, párrs. 48, 54-55.

tes, pero muy particularmente la existencia, funcionamiento y eficacia de los tribunales y procesos penales, así como la supremacía de una jurisdicción internacional de los derechos humanos.

G. *La reparación por error judicial*

El debido proceso como garantía fundamental y, especialmente en materia penal, exige que el juzgador y los demás actores involucrados respeten el *iter* procesal para que el resultado final del proceso se conforme con las garantías mínimas requeridas. De no ocurrir así, las secuelas de la violación al debido proceso pueden tener diferentes efectos, siendo el principal, la anulación de lo actuado en el proceso.

Dependiendo del tipo de omisión o violación procesal, la anulación del proceso podría tener como consecuencia, incluso, la no prosecución de un nuevo proceso, como sería el caso de una violación al principio “*non bis in idem*”.⁷²

Otra situación es el caso del sometimiento a prisión preventiva de una persona imputada de un delito y que posteriormente recupera su libertad, ya sea por sobreseimiento o absolución. Ello plantea la cuestión de si ese imputado tiene derecho a una reparación por el lapso en que estuvo detenido debido al menoscabo sufrido, no sólo en su bien jurídico máspreciado, su libertad, sino por las consecuencias económicas de dicha privación (lucro cesante y daño emergente).

En términos generales, los tratados internacionales sobre derechos humanos señalan dicha problemática y establecen el derecho a la reparación de aquella persona que se haya visto privada en forma ilegítima de su libertad. La Convención Americana lo estipula en su artículo 10 que dice:

Derecho a indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de *haber sido condenada* en sentencia firme por error judicial (énfasis agregado).

No obstante, pareciera que la Convención Americana no alcanza una protección tan amplia como para proteger a aquellos que hayan estado detenidos provisionalmente, sino que requiere que se haya dictado sentencia firme, por lo que en términos generales, primero habría que demostrar el error judicial mediante los procedimientos internos.

En cambio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula la materia con un criterio más amplio en su artículo 9. 5: “*toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación*”. En otros términos, además de comprender los mismos casos de reparación establecidos en la Convención Americana (error judicial), este Pacto permite indemnización al imputado sobreseído o absuelto.

⁷² Ver Corte I.D.H. *Caso Loayza Tamayo*. *Op. cit.*

Quiere decir que internacionalmente se ha abierto la posibilidad de exigir del Estado la reparación de daños producto de una detención ilegal o por error, situación que obliga a que en los sistemas internos se adecue la legislación para admitir esa posibilidad, tal y como ha ocurrido en algunos Estados.⁷³ En todo caso, estando regulada la materia en los tratados internacionales, no cabe duda que no se puede negar fundamento al derecho a ser reparado en los términos descritos.

III. CONCLUSIÓN

Lo expuesto en este artículo no pretende, en modo alguno, agotar el tema del debido proceso, pero al menos, podría constituir un ensayo muy básico de doctrina y jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana, que puede aprovecharse útilmente para resolver algunas dudas que puedan surgir en relación con la violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Como primera conclusión, tenemos que el debido proceso en general, está instaurado como garantía constitucional, pero que es en el campo penal en el que la materia es más sensible debido a que en éste se legitiman medidas de coerción personal que restringen la libertad del imputado. Lo fundamental en este campo es que los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y, especialmente, la Convención Americana, consagran al debido proceso como un derecho humano y, además de establecer el enunciado general, disponen una serie o sistemas de garantías en favor de la persona privada de libertad y del imputado en general, que no necesariamente están contempladas en la constituciones nacionales.

Estos tratados internacionales son vinculantes desde el punto de vista del derecho internacional para los Estados Partes en ellos, independientemente de la jerarquía constitucional que cada Estado les atribuya y tienen la virtud de que parten del postulado fundamental de la protección de la dignidad humana y vienen a ampliar y enriquecer las garantías que ya consagran los sistemas constitucionales. En otras palabras, los principios que informan el debido proceso tienen un carácter dual: por una parte son una garantía para el buen funcionamiento judicial en sí y por otra, involucran el respeto de otros derechos fundamentales. En síntesis, el imputado debe ser considerado y tratado como ser humano con el respeto debido a su dignidad de tal y desde luego como sujeto principal, no como objeto secundario de la relación procesal.

⁷³ La Constitución Provincial de Córdoba establece en su artículo 42 que, “*en caso de sobreseimiento o absolución, el Estado puede indemnizar el tiempo de privación de libertad, con arreglo a la ley*”. Un caso más claro es el del Nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica, que establece en su artículo 271 lo siguiente: “*El Estado deberá indemnizar a la persona que haya sido sometida indebidamente, a una medida cautelar por un funcionario público que actuó arbitrariamente o con culpa grave, en los términos del artículo 199 de la Ley General de la Administración Pública... También procederá la indemnización... cuando una persona haya sido sometida a prisión preventiva y luego es sobreseída o absuelta, con plena demostración de inocencia*”.

En lo referente a los principios establecidos por la Convención Americana, los Estados están en la obligación de aplicarlos y desarrollarlos, así como la Corte Interamericana ya ha empezado a hacerlo en sus primeras sentencias que sobre casos de violaciones al debido proceso ha tenido que emitir.

En lo que respecta a otros principios desarrollados en este trabajo que no están contemplados en la Convención Americana, es evidente que el lector puede no estar de acuerdo con los mismos. Yo los he querido incluir porque he considerado que, en cierto modo, complementan aquellos. Corresponde esperar el desarrollo que la Corte Interamericana le otorgue a casos futuros que sobre la materia deba resolver.

LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA

Francisco Rubio Llorente^(*)

Para el Dr. Fix-Zamudio, en homenaje sincero del autor

SUMARIO: 1. Introducción. Precisiones conceptuales. 2. La configuración constitucional. 3. La configuración legal. 3.1. Reserva de regulación y reserva de desarrollo. 3.2. Las distintas formas de la reserva de ley: reserva general y reservas específicas. 3.2.1. La reserva general de ley. 3.2.2. Las reservas específicas. 3.2.3. Los límites implícitos de los derechos. 4. La configuración jurisdiccional. 4.1. El contenido esencial. 4.2. El principio de proporcionalidad. 4.3. La ponderación de derechos. Los derechos preferentes.

1. INTRODUCCIÓN. PRECISIONES CONCEPTUALES

Por configuración de los derechos entendemos aquí la precisión de su contenido eficaz, una precisión que consiste, en unos casos, en el establecimiento de las instituciones u organizaciones y de los procedimientos indispensables para su ejercicio, en otros simplemente en la limitación necesaria para hacer compatible entre sí el ejercicio de los distintos derechos, o preservar otros bienes constitucionales que su ejercicio irrestricto podría amenazar.

Así entendido, el concepto de configuración es un concepto genérico que cobija muy distintos modos de relación entre Constitución, ley y jurisdicción constitucional. Tan distintos entre sí son sin embargo estos diversos modos, que su forma concreta sólo puede ser analizada en

^(*) Ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional, Madrid, España.

relación con los distintos derechos, sin que sea por eso de gran utilidad, y más bien origen de confusión, la contraposición que a veces se hace entre configuración y delimitación de los derechos, de la que aquí se prescinde, no por ignorar que el establecimiento de límites no es el único elemento a tener en consideración en la configuración de un derecho, sino, precisamente, por entender que forma parte de ella. Es cierto que la noción de límite o limitación parece tener un sentido distinto cuando se la refiere a los derechos de libertad, en los que el enunciado constitucional puede ser entendido como un mandato de maximalización, que cuando se la aplica a los derechos de igualdad, o de manera aún más clara, a los derechos de prestación (el derecho a la educación, por ejemplo) o procesales, cuya estructura es bien diversa. También en relación con estos se habla sin embargo de límites, y, de otra parte, son susceptibles igualmente de configuración no limitativa algunos derechos de libertad cuyo enunciado constitucional se remite en términos genéricos a la ley.¹

Aunque la Constitución sólo habla ocasionalmente de “límites” de los derechos,² es frecuente en la doctrina distinguir entre “delimitación” y “limitación” (o “límites”). Se quiere con ello reservar esta última expresión para designar las restricciones ocasionales al ejercicio de los derechos (se habla a veces también de límites externos), en tanto que se incluyen dentro de la delimitación todas las restricciones permanentes que definen el contenido del derecho en la generalidad de los casos y en circunstancias normales. La distinción, que probablemente la doctrina española ha recibido de la alemana, es borrosa en muchas ocasiones y de escasa relevancia práctica (si es que tiene alguna) en todas, por lo que también cabe, a nuestro juicio, prescindir de ella sin daño.³ En lo sucesivo se habla sólo pues de límites o limitaciones para designar cualquier género de restricción o condicionamiento de la esfera de libertad que el derecho protege.

En el sistema español, aunque el enunciado de los derechos fundamentales es tarea propia de la Constitución y ese enunciado es elemento importante, incluso esencial, de su configuración, en ésta colaboran también con la Constitución y bajo ella, los Tratados internacionales, la ley y la jurisdicción constitucional. En el presente trabajo nos reduciremos a analizar la función que, en la configuración de los derechos corresponde a la Constitución, la ley y la jurisdicción constitucional, dejando de lado, en consecuencia, la muy importante que incumbe a los Tratados.

1 Así, por ejemplo, nada menos que el derecho a no ser privado de libertad “sino... en los casos y en la forma previstos en la ley” (artículo 17.1 CE). Ciertamente el legislador no carece de límites al regular esos casos y esa forma, pero tales límites no vienen del enunciado constitucional de este derecho en concreto.

2 Así art. 20.4, por ejemplo.

3 En algunas decisiones del Tribunal Constitucional, la cuestión se desliza hacia una confusión inextricable. Así, por ejemplo, al afirmar que si bien las normas que definen los derechos y las que los limitan constituyen un todo cuyos elementos se condicionan recíprocamente, la fuerza expansiva de los derechos restringe el alcance de las normas limitativas. STC 254/88, de 21.12.1988, en JC, vol. XXII, 1040-1046 (1044-5).

2. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL

El enunciado constitucional de los derechos⁴ incorpora con frecuencia límites explícitos, bien sea porque los incorpora a la definición misma del derecho,⁵ bien sea porque los añade a ésta, mencionándolos como tales,⁶ sin que la opción por una u otra técnica tenga otra explicación que la puramente estilística. La posibilidad de que estos límites explícitos de los derechos sean apreciados directamente por el juez, sin intermediación del legislador, depende como es obvio de la naturaleza de los conceptos utilizados por la Constitución para establecerlos. Existe, sin duda, cuando se trata de categorías jurídicas con un valor establecido o de términos que definen circunstancias puramente fácticas,⁷ no cuando aluden a determinaciones jurídicas que sólo el legislador puede establecer,⁸ o a fines o valores susceptibles de ser entendidos de diverso modo y perseguidos con distinta intensidad según las diferentes orientaciones políticas.⁹ Aunque no se confunde del todo con ella, esta distinción está estrechamente conectada con la que resulta del hecho de que las limitaciones sean producto de leyes dictadas en virtud de la reserva general de ley para la regulación o el desarrollo de los derechos fundamentales, o de leyes nacidas al amparo de la reserva cualificada o especial que la Constitución incorpora en el enunciado de algunos derechos.

Esta configuración constitucional de los derechos puede ser modificada mediante la reforma de la Constitución, para la que no hay en ésta límites explícitos, aunque, como es obvio, una reforma que afectase a sus principios básicos, sólo desde un punto de vista puramente formal podría ser considerada como tal. La supresión del artículo 20, según el cual la dignidad humana y los derechos que le son inherentes son el fundamento del orden político y, junto con él,

4 Como creemos haber demostrado en otro lugar, el enunciado consagra simplemente un *nomen juris*. En el sistema español, la abundancia de estos *nomines* obliga a considerar como derechos distintas situaciones jurídicas que en otras Constituciones más parcas (v. gr., la alemana o la francesa) operan como distintos aspectos de un mismo derecho. Esta discordancia potencial entre denominación positiva y contenido real es, una perspectiva muy a tener en cuenta al estudiar la relación entre derechos fundamentales y derechos humanos.

5 Así, por ejemplo, el porte de armas o la conducta no pacífica en relación con el derecho de reunión (art. 21.1), la mendacidad, en relación con el derecho a comunicar información (art. 20.1.d.), el interés particular, en relación con el derecho de fundación (art. 34.1.) etc.

6 Así, por ejemplo, el delito flagrante, en relación con la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1), la persecución de finalidades delictivas, la utilización de medios del mismo género o el carácter secreto o paramilitar, en relación con el derecho de asociación, (art. 22.2 y 5.) etc.

7 Como ejemplo de las primeras, la flagrancia (art. 18.2), de las segundas, la veracidad (art. 20.4). La superfluidad de la mediación legislativa no la hace sin embargo, por sí misma ilegítima. Vid, por ejemplo STC 341/93, de 18.11.1993, en JC. vol. XXXVII. 763-848 (824-5). La exigencia de veracidad en la información, o lo que es lo mismo, el alcance de la mendacidad como límite del derecho a informar, ha sido precisado por el Tribunal Constitucional a través de una larga serie de sentencias que, en general, lo reducen a una exigencia de diligencia y buena fe en el informador.

8 Así, por ejemplo, la naturaleza delictiva de los fines perseguidos o de los fines utilizados por las asociaciones, el interés público de los fines de la fundación, etc.

9 Así, por ejemplo, la protección de la juventud y de la infancia, como límite de la libertad de expresión (art. 20.4). Jiménez Campo (*op.cit.*, págs. 470-1) censura por eso con razón el uso directo por el juez de estos límites, que sólo el legislador puede definir legítimamente, aunque la Constitución no lo precise de forma expresa.

de algunos o de todos los preceptos que consagran tales derechos, daría lugar a un texto que podría ser presentado sin duda como reforma de la Constitución actual, si se llevó a cabo según el procedimiento previsto en ésta, del mismo modo que la Constitución vigente pudo ser presentada en su día como simple reforma de las llamadas Leyes Fundamentales del franquismo, pero sería realmente, como ésta es, una Constitución nueva. La extraordinaria rigidez de la Constitución de 1978, hace sin embargo sumamente improbable que un cambio de esta naturaleza pueda producirse sin ruptura de la continuidad formal.

El artículo 10, como parte del Título Preliminar, y la mayoría de los preceptos que enuncian derechos fundamentales, sólo pueden ser reformados, en efecto, por el procedimiento previsto en el artículo 168;¹⁰ los restantes, es decir, los enumerados en la Sección Segunda del Capítulo II del Título I, de acuerdo con el establecido en el artículo 167, que requiere una mayoría cualificada de ambas Cámaras y la aprobación en referendun a petición de la décima parte de los miembros de cualquiera de ellas.

Enorme trascendencia tendría también para la configuración de los derechos la denunciada por España de los Tratados sobre esta materia de los que ahora es parte, puesto que, la Constitución, en el apartado segundo del mismo artículo 10 que se acaba de citar, atribuye a estos Tratados un valor decisivo en la determinación del contenido mínimo de los derechos. Resulta innecesario, no obstante, hacer ulteriores consideraciones sobre lo que parece una hipótesis puramente académica.

3. LA CONFIGURACIÓN LEGAL

3.1 *Reserva de regulación y reserva de desarrollo*

A partir de su consagración constitucional, la configuración de los derechos fundamentales está reservada a la ley por dos preceptos constitucionales distintos, cuya interpretación plantea, en razón de esa dualidad, un problema de difícil solución, al que se han de añadir los que nacen de la diversidad de formas legales (y de normas que, sin esa forma, tienen valor de ley) que en España existen.

Los dos preceptos a los que se hace referencia son los contenidos en los artículos 53.1 y 81. El primero de ellos reserva a la ley ordinaria, “que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial”, la regulación del ejercicio de los derechos; el segundo, reserva a la ley orgánica¹¹ su *desarrollo*. Sería absurdo entender que ambas categorías son recíprocamente excluyen-

¹⁰ *Vid.* nota 9, *supra*.

¹¹ La aprobación de las leyes orgánicas, a las que el citado precepto atribuye, además del “desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, la aprobación de los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general, pero que otros preceptos constitucionales exigen también en relación con determinadas instituciones (Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitu-

tes, pues si así fuera, el “contenido esencial” del derecho, una noción de la que nos ocuparemos después, limitaría la libertad del legislador para regular el ejercicio de los derechos, pero no en cambio para desarrollarlos. La lógica obliga a considerar que la primera de estas nociones engloba a la segunda; que el “desarrollo” no es sino una especie dentro del amplio género de la “regulación”.¹² Esta subsunción de la especie *desarrollo* dentro del género *regulación del ejercicio* no dispensa, sin embargo, de la necesidad de encontrar un criterio que permita distinguir la especie del género, de precisar cual es la diferencia específica, pues son sólo las normas de *desarrollo* las reservadas a la ley orgánica. Tal precisión no puede lograrse, sin embargo, mediante un razonamiento teórico, a partir del valor semántico de los términos, como evidencia el fracaso de todos los intentos doctrinales que siguen este camino. Es claro que, como hace tiempo se señaló, las normas de desarrollo no “desarrollan” los derechos, sino los preceptos constitucionales que los enuncian,¹³ pero con ello no se avanza mucho, pues también cabe decir que la regulación del ejercicio de un derecho no es sino un desarrollo legal del precepto constitucional que lo enuncia.

Privado del auxilio de la teoría y enfrentado con la necesidad de la práctica, el Tribunal Constitucional, que naturalmente no puede eludir la distinción,¹⁴ al menos en aquellas ocasiones en las que la impugnación de la ley se fundamenta precisamente en el hecho de que ésta no es orgánica, debiendo serlo, ha construido una doctrina que es plausible en cuanto que inspirada en el deseo de restringir al máximo el ámbito de la reserva de ley orgánica, pero que tiene escasa consistencia teórica y no asegura, por eso, la coherencia de las decisiones, o dicho de otro modo, no evita las contradicciones. Esa doctrina parte de la idea obvia de que la reserva de ley orgánica es una protección contra el legislador ordinario, pero que por ello mismo implica una excepción al principio democrático de la mayoría (simple), que como toda excepción debe ser objeto de una interpretación estricta que limite su alcance. Con ese fin, y además de sentar el principio, no evidente por sí mismo, de que “si es cierto que hay materias reservadas a la ley orgánica, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a esas materias y que por tan-

cional, etc.), requiere, según el mismo (apdo.2º.) el voto favorable de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto. Su derogación o modificación requiere también la misma mayoría cualificada y por tanto no puede ser llevada a cabo por la ley ordinaria. Pese a estar dotadas de esta especial fuerza pasiva, las leyes orgánicas no tienen, según la doctrina dominante, un rango superior al de la ley ordinaria; la relación entre ambas formas responde, según tal doctrina, no al principio de jerarquía, sino al de competencia.

12 En el mismo sentido J. Jiménez Campo, “Comentario al artículo 53”, en O. Alzaga (ed.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Volumen IV (EDERSA, Madrid, 1997) pg. 476. “Regular el ejercicio de un derecho, dice, será tanto el desarrollo (art. 81.1) de un derecho fundamental de la Sección 1a. del Capítulo Segundo como, por ejemplo, lo que la Constitución llama *delimitación* por el legislador de los derechos a la propiedad y a la herencia (art. 33.2); tanto la ordenación de un derecho de configuración legal (arts. 23 y 24)..., como la... que el legislador realiza cuando la Constitución lo exige (art. 28.2, entre otros) o lo requiere (art. 27.1, por ejemplo). *Regulación del ejercicio* será también, desde luego, la ordenación de la intervención pública en los que cabe llamar derechos condicionales, esto es, susceptibles de constricción singular (núms. 2 y 3 del art. 18, por ejemplo)”.

13 I. de Otto, “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes”, Ariel, Barcelona, 1987 (117).

14 Al menos, no siempre. Con cierta frecuencia habla de “regulación o desarrollo” como actividades equivalentes. Así por ejemplo, STC 218/88, de 22.11.88, en JC, vol. XXII, 591-599(594).

to sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria”,¹⁵ el Tribunal ha afirmado que la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales es aplicable sólo a los enumerados en la Sección Primera del Capítulo II, aunque no a todos ellos,¹⁶ que no incluye cualquier norma que de una manera u otra afecte a tales derechos, sino sólo aquellas que tienen como finalidad inmediata el desarrollo “directo” del derecho, el establecimiento de su régimen jurídico propio¹⁷ e incluso, de manera aún más restringida, no cualquier aspecto de este, sino la definición de sus elementos esenciales y de sus límites.¹⁸ La aparición sucesiva en el tiempo de estas determinaciones restrictivas, evidencia que no son producto de una construcción teórica acabada, sino de una voluntad permanente de reducir en lo posible el ámbito de la reserva de ley orgánica, una voluntad tan fuerte que no duda en recurrir, cuando esas determinaciones parecen insuficientes, a argumentos difícilmente admisibles.¹⁹ Movida por esa voluntad restrictiva, la jurisprudencia constitucional ha declarado que ni las normas procesales ni las que establecen la organización judicial requieren la forma de ley orgánica, pues no deben ser consideradas como desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva o de los que, en relación con este, consagra el artículo 24 de la Constitución;²⁰ que no toda norma que tenga por objeto el régimen jurídico de las asociaciones debe ser considerada desarrollo del derecho de asociación²¹ y que tampoco debe considerarse incluida en la reserva de ley orgánica la normativa que establece el régimen propio de la radio y la televisión, pese a sus concomitancias con la libertad de expresión y de información que garantiza el artículo 20 CE.²² En contradicción con esta tendencia restrictiva, y en virtud de un razonamiento más bien paradójico, el Tribunal ha incluido sin embargo toda la legislación penal en el ámbito propio de la ley orgánica.²³

15 STC 5/81, de 13.2.1981, en JC, vol. I, 62-111 (83).

16 SSTC 76/83, de 5.8.83, en JC, vol. VI, 469-595(561), y 160/87, de 27.10.1987, en JC, vol. XIX, 146-184 (166-7), entre otras.

17 SSTC 6/82, de 22.2.1982, en JC, vol. III, 76-99(92); 93/88, de 24.5.1988, en JC, vol. XXI, 66-78(74) y 101/91, de 13.5.1991, en JC, vol. XXX, 71-80(77), entre otras.

18 STC 132/89, de 18.7.89, en JC, vol. XXIV, 633-697(681).

19 Así el basado en la distinción entre derechos fundamentales primarios y derechos fundamentales secundarios o instrumentales, (cuya negación impide, sin embargo, el ejercicio de los primeros), que utiliza la STC 127/94 a la que nos referimos más abajo.

20 STC 22/86, de 14.2.1986, en JC, vol. XIV, 190-197 (196) y STC 93/88, citada *supra*.

21 STC 132/89, de 18.7.1989, en JC, vol. XXIV, 633-697 (681).

22 La doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, especialmente en relación con la televisión privada, es oscura y títubeante. En sus primeras decisiones afirma que la televisión privada, que no es una exigencia de la libertad de expresión, puede ser autorizada por la ley, “que habrá de ser orgánica en la medida en la que afecte a los derechos garantizados en el artículo 20 de la Constitución”. *Vid.* SSTC 12/82 de 31.3.1982, en JC, vol. III, 160-175(172) y 74/82, de 7.12.1982, en JC, vol. IV, 451-462 (462). En decisiones posteriores, comienza a distinguir, dentro de esos derechos, entre derechos “primarios”, cuyo desarrollo exige ley orgánica y derechos secundarios o instrumentales, cuyo desarrollo no cae dentro del ámbito reservado a este género de leyes. *Vid.* STC 189/91, de 3.10.1991, en JC, vol. XXXI, 162-179 (172-3), 31/94, de 31.1.1994, en JC, vol. XXXVIII, 326-350 (348) y sobre todo 127/94, de 5.5.1994, en JC, vol. XXXIX, 1-67 (37-38).

23 STC 140/86, de 11.11.86, en JC, vol. XVI, 279-298 (291). Una acertada (y moderada) crítica de la confusa argumentación en la que llega a afirmarse que las normas que imponen penas privativas de libertad son desarrollo del derecho a la libertad personal, puede verse en el Voto Particular suscrito por el Magistrado Díaz Eimil (294-298). La argumentación se reitera, incluso con alguna exageración en STC 160/86, en JC, vol. XVI, 489-497 (496).

En parte, sin duda, como consecuencia de la doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer, en parte también, muy probablemente, como resultado del convencimiento (o de la conveniencia) de los sucesivos legisladores, el uso que hasta ahora se ha hecho de la ley orgánica para la configuración de los derechos, aunque más bien parco y en general razonable, no refleja una concepción clara y es difícil adivinar las razones por las que en unos casos se ha preferido la ley orgánica a la ordinaria y en otros, por el contrario, se ha optado por ésta.²⁴

En cuanto al ámbito de las leyes, orgánicas u ordinarias, que “desarrollan” los derechos fundamentales o regulan su ejercicio, aunque la Constitución española no contiene ninguna norma que, como la contenida por ejemplo en el artículo 19.1 de la alemana, disponga que han de ser generales las leyes que limitan los derechos fundamentales, el Tribunal ha afirmado que estos, “...por su propia naturaleza... son materia reservada a leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares”.²⁵

Las leyes orgánicas sólo pueden ser estatales, pues sólo al Estado atribuye la Constitución la potestad de promulgarlas. Las leyes ordinarias que regulan el ejercicio de los derechos pueden ser, por el contrario, tanto estatales como regionales, aunque como antes se indicó, en virtud de la división material de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sólo en aspectos marginales pueden éstas incidir efectivamente sobre la regulación del ejercicio de los derechos. Las leyes estatales habrán de ser en principio leyes emanadas del Parlamento, aunque constitucionalmente nada impide que la regulación del derecho se haga a través de un decreto legislativo.²⁶ La Constitución prohíbe, por el contrario, la promulgación de Decretos-Leyes que afecten a los “derechos, deberes y libertades... regulados en el Título I”,²⁷ pero esta prohibición ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en términos muy laxos que reducen poderosamente su alcance real.²⁸

La reserva de ley, orgánica u ordinaria, para el desarrollo de los derechos fundamentales o la regulación de su ejercicio, no hace imposible la existencia de normas reglamentarias acer-

24 Un ejemplo paradigmático de esta falta de claridad lo ofrece la reciente ley 21/1997, sobre Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, cuyo artículo 7 establece que el “derecho a la información deportiva previsto en esta ley” (*sic*), será objeto de tutela de acuerdo con lo previsto en la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Como la creación legal de un Derecho Fundamental es imposible en nuestro sistema, parece razonable pensar que ese sorprendente derecho a la información deportiva es una manifestación concreta del derecho a transmitir y recibir información consagrado en el artículo 20 CE, pero si es así no se entiende por que es ordinaria y no orgánica la Ley que lo desarrolla.

25 STC 166/86, de 19.12.1986, en JC, vol. XVI, 545-578(570). Esa enérgica afirmación se hace sin embargo precisamente en una sentencia en la que se sostiene la constitucionalidad de una ley singular de expropiación.

26 La Constitución (art.85) denomina decretos legislativos las normas dictadas por el Gobierno en virtud de una delegación de las Cortes para desarrollar una ley de bases aprobadas por éstas o para refundir en un sólo texto leyes preexistentes. La delegación no puede versar sin embargo sobre materias reservadas a la ley orgánica (art. 82).

27 Artículo 86.1. Los decretos Leyes son normas con valor de ley que el Gobierno puede dictar en caso de extraordinaria y urgente necesidad y que ha de someter a la ratificación de las Cortes en el plazo de treinta días.

28 STC 111/83, de 2.12.1983, en JC, vol. VII, 361-408 (397-8). En el mismo sentido SSTC 95/88 y 127/94, citadas *supra*.

ca de ellas, pero sólo dentro de límites muy estrechos. En el sistema de la Constitución, en efecto, la reserva de ley no deja en libertad al legislador para remitir al reglamento cualquier regulación, sino que le impone la obligación de hacerla por sí mismo, y no tolera otras remisiones que aquéllas “que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”.²⁹

3.2. *Las distintas formas de la reserva de ley: reserva general y reservas específicas*

En el ordenamiento español, la ley puede establecer límites a los derechos fundamentales por dos vías distintas. En primer lugar, puede el legislador, actuando a partir de la reserva general de ley para el desarrollo de los derechos o la regulación de su ejercicio, establecer respecto de cada uno de ellos las limitaciones que juzgue necesarias para hacer compatible entre sí el goce de los distintos derechos o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos. En segundo término, puede (y debe) hacerlo al concretar las determinaciones previstas en términos genéricos en la definición constitucional de algunos derechos, que expresamente remite a la ley. En ambos casos cabe hablar, claro está, de una reserva de ley, pero en tanto que en el primero el legislador opera con plena libertad, dentro de los límites que la Constitución impone a la configuración (o delimitación) legislativa de los derechos y puede no actuar, si no lo considera necesario, en el segundo su actuación está prevista expresamente por la Constitución y en esa medida postulada por ésta. Ejemplos claros de ambas situaciones se ofrecen en los dos párrafos del artículo 19: en el primero (la libertad de circulación de los españoles dentro del territorio nacional), la intervención del legislador no es inexcusable, en el segundo (entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca) esta intervención está postulada constitucionalmente. La distinción entre reserva general de ley y reservas específicas no refleja con claridad la diferencia que realmente existe entre ambas situaciones ni da indicación alguna sobre la diversidad de las formas de relación entre Constitución y ley que nace de esas reservas “específicas”. No obstante, con esta advertencia previa, utilizaremos en lo que sigue esta terminología.

3.2.1. *La reserva general de ley*

Esta reserva, cuya complejidad en el caso español se ha explicado antes, autoriza al legislador para configurar los derechos, imponiendo limitaciones a los de libertad y definiendo los de prestación y los procesales de acuerdo con las opciones políticas dominantes, e incluso los medios disponibles para hacerlos efectivos. La libertad del legislador ha de moverse sin embargo dentro de un doble límite. De una parte, el que resulta de la justificación de las limitaciones, o dicho de otra manera, de su licitud constitucional en razón de los fines que con ellas se pretende asegurar. De la otra, el que viene de la “elasticidad” del derecho afectado, pues éste no puede ser comprimido o restringido más allá de su “contenido esencial”. De todo ello nos ocu-

²⁹ STC 83/84, de 24.7.84, en JC, vol. IX, 355-371 (369). En esa misma línea, SSTC 225/93, de 8.7.93, en JC, vol. XXXVI, 808-862 (851-852); 26/94, de 27.1.94, en JC, vol. XXXVIII, 275-282 (281); 120/94, de 25.4.94, en JC, vol. XXXVIII, 1278-1288 (1286). *Vid.* F. Rubio, “El principio de legalidad”, *cit.* pgs. 348-355.

paremos más adelante.

3.2.2. *Las reservas específicas*

Las llamadas reservas específicas o cualificadas forman un conjunto muy heterogéneo y ni siquiera su concepto es del todo claro. No parece adecuado construirlo a partir del simple dato lingüístico, pues, en no pocos casos, la mención de la ley en el enunciado constitucional del derecho, hace referencia a la ley producida en ejercicio, por así decir, de la reserva general de ley. Así sucede, a nuestro juicio, en aquellos supuestos en los que la referencia a la ley se hace de modo indirecto, al prever la licitud de limitaciones al derecho mediante autorización judicial, que naturalmente sólo puede producirse sobre la base de una ley previa,³⁰ o en aquellos otros en los que se evocan los límites introducidos por las leyes para proteger otros derechos o finalidades de interés general.³¹ De reservas específicas debe hablarse más bien en aquellos supuestos en los que el enunciado del derecho se remite a la ley para el establecimiento de límites concretos,³² o para la consecución de resultados específicos,³³ es decir, cuando la referencia a la ley incorpora un mandato al legislador. El Tribunal Constitucional ha considerado también como reserva específica de ley la contenida en el apartado primero del artículo 17, de donde ha derivado la necesidad de que sean orgánicas todas las leyes penales, pero es dudoso que la referencia que en ese punto hace el texto constitucional a la ley sea otra cosa que una especificación del principio de legalidad, como la que, con una estructura análoga, se hace en el artículo 33.3.

Aunque la inseguridad del concepto de reserva específica de ley, y la variedad de sus aplicaciones, han hecho imposible hasta el momento una construcción dogmática de la distinción que permita ahondar en todas sus consecuencias prácticas, es evidente que de ella dimanar, según antes se dice, dos situaciones muy distintas para el legislador. De un lado, la reserva general le autoriza a configurar el derecho, limitándolo, en tanto que la reserva específica (implícita siempre en los derechos de prestación y en los procesales) le obliga a hacerlo. Del otro, la actuación del legislador, que en ambos casos ha de sujetarse a los límites que la Constitución determina, sólo puede fundamentarse, en el primero de ellos, en las limitaciones explícitas, pero sobre todo implícitas de los derechos, en tanto que en el segundo ha de atender a los fines que la Constitución le marca. Por las razones ya antes expuestas, nos ocuparemos en el resto de este apartado sólo de los fundamentos que legitiman la configuración limitativa del legislador cuando obra apoderado por la reserva general de ley.

30 Así, por ejemplo, en relación con la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones (Art. 18.2 y 3. CE), con la libertad de expresión y el secuestro de publicaciones (art. 20.5 CE) o con la suspensión o disolución de asociaciones (artículo 22.4 CE).

31 Así, por ejemplo, en relación con las restricciones a las manifestaciones externas del culto para proteger el orden público (artículo 16.1 CE), o las impuestas a las libertades de expresión e información para proteger la intimidad y el honor de terceros, así como a la juventud y a la infancia (artículo 20.4 CE).

32 Así, por ejemplo, en relación con los derechos de sindicación y huelga, en el artículo 28 CE, o con el derecho de petición, en el artículo 29.

33 Así, por ejemplo, la participación de padres y alumnos en el gobierno de los centros (artículo 27.7. CE), o la autonomía de las Universidades (artículo 27.10 CE).

3.2.3. *Los límites implícitos de los derechos*

La afirmación de que los derechos fundamentales no son absolutos es casi una cláusula de estilo de la jurisprudencia constitucional, utilizada en numerosísimas sentencias.³⁴ Frecuentemente en conexión con ella, se alude también a la existencia de límites implícitos o indirectos de los derechos, pero es difícil encontrar en la doctrina científica o en la jurisprudencia constitucional una caracterización genérica de tales límites, en la práctica, en la mayor parte de las ocasiones en las que se emplea la noción, se alude con ella a la limitación de unos derechos por otros y muy especialmente a la limitación que para la libertad de expresión se deriva de los derechos a la intimidad y al honor,³⁵ es decir, a aquellos casos en los que un derecho fundamental “sencillo” entra en colisión con otro al que la jurisprudencia asigna un carácter preferente, un mayor valor. Como esta determinación no deriva inmediatamente del enunciado constitucional, sino de la ponderación judicial, nos ocuparemos de ella en el aparte 3.3.

Junto a estas limitaciones derivadas de la necesidad de asegurar el respeto al derecho de los demás, cabe en principio la posibilidad de limitaciones establecidas para garantizar otros bienes constitucionalmente protegidos.

La admisibilidad constitucional de estas limitaciones depende de la naturaleza de los distintos derechos. Aunque hay alguna decisión aislada en otro sentido,³⁶ en general es muy limitada en el caso de los derechos de libertad, y mucho más extensa en el de los derechos de pura configuración legal, respecto de los que es difícil distinguir entre limitación del derecho para la consecución de una finalidad ajena a él y configuración del derecho de acuerdo con la realidad, es decir, con las posibilidades de todo género necesarias para su realización.³⁷

El hecho de que determinadas finalidades de interés general (protección del medio am-

³⁴ Vid. por ejemplo STC 181/1990, de 15.11.1990, en JC, vol. XXVIII, 474-482(479), que cita otras muchas anteriores.

³⁵ Vid. por ejemplo STC 2/82, de 29.1.1982, en JC, vol. III, 34-41 (40), STC 77/85, de 27.6.1985, en JC, vol. XII, 187-253 (235) y otras muchas.

³⁶ Así SSTC 62/82, de 15.10.82, en JC, vol. IV, 270-293 (283) y STC 176/95, de 11.12.95, en JC, vol. XLIII, 533-548 (546), en las que se considera legítima la limitación en aras de la “moral pública”, aunque realmente ésta aparece más como un límite implícito de los derechos que como una finalidad que justifique su limitación. La reciente y muy discutida sentencia de 107/96, de 12-6-1996, en JC, vol. XLV, 348-389 (372-3), ha admitido la licitud de una restricción a la libertad de asociación en su vertiente negativa (libertad de no asociarse), a fin de crear una entidad corporativa que asegure la “representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación”. Para una parte de la doctrina, sin embargo, la existencia de esta corporación de adscripción forzosa no afecta a la libertad de asociación, que en consecuencia no se vería limitada.

³⁷ Vid., por ejemplo, STC 107/92, de 1.7.1992, en JC, vol. XXXIII, 435-459, que considera que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1.CE) ha de ceder ante la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros o sus agentes, porque se encuentra más allá de las posibilidades que el derecho internacional ofrece al Estado español.

biente, seguridad social, protección de la infancia o de la ancianidad, etc.) aparezcan formuladas como derechos en el Capítulo III del Título I (*vid.* Capítulo I) facilita la limitación de los derechos fundamentales para alcanzarlas. Más problemática es la posibilidad de limitación para atender finalidades del todo ajenas a los derechos, como la seguridad del Estado, o incluso su unidad.

A diferencia de las limitaciones que nacen de la colisión entre derechos fundamentales, que eventualmente pueden ser apreciadas directamente por el juez, sin intervención del legislador, es éste el único legitimado para establecer, dentro de los límites generales de los que más adelante nos ocupamos, las limitaciones basadas en atención a finalidades o bienes de interés general, estén o no enunciadas constitucionalmente como derechos.

4. LA CONFIGURACIÓN JURISDICCIONAL

A diferencia del legislador, el juez constitucional carece de iniciativa para la configuración de los derechos. Ni puede acometerla por decisión propia, ni puede intervenir en ella de otro modo que no sea el de concretizar el sentido de los preceptos constitucionales para fijar los límites que el legislador ha de respetar, e invalidar, cuando los traspasa, las normas por él creadas. No carece por eso de alguna justificación la tendencia frecuente a difuminar la función que le incumbe en la configuración de los derechos, incluyendo su estudio en el de los límites que la Constitución impone a la configuración legal. Aunque es cierto que la tarea propia del juez constitucional es efectivamente la de asegurar esos límites de los límites, según la conocida expresión alemana, ese modo de abordar la función propia de la jurisdicción constitucional es escasamente adecuado a la realidad de ésta. Si ningún juez es puro autómatas, ninguno lo es menos que el juez constitucional, al que la naturaleza propia de los enunciados constitucionales permite siempre incorporar a los derechos su propia concepción de estos, jugando con ello un papel decisivo en su configuración. Es esta la razón por la que traemos aquí el análisis de los límites de la configuración legal de los derechos:

4.1. *El contenido esencial*

Para el legislador español, el primero y más importante de los límites es, en apariencia, el del “contenido esencial” de los derechos, una noción procedente de la Constitución alemana, que la española incorpora en su artículo 53.1, al establecer la reserva general de ley para la regulación de su ejercicio, de la que ya hemos hablado.³⁸

Al afirmar que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos (o, como hemos visto antes, los desarrollan), “han de respetar en todo caso su contenido esencial”, la Constitución explícita el fundamento de la justiciabilidad de la ley y justifica la competencia del Tribunal Cons-

³⁸ “... Sólo por ley, que en todo caso habrá de respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”.

titucional para juzgarla. Sólo la vinculación del legislador a los contenidos materiales de la Constitución explica que la interpretación última de ésta quede en manos del juez, no del propio legislador que, al fin y al cabo, es el representante de la soberanía nacional. En esta función de concretar la primacía de la norma constitucional sobre la legal, que es cosa bien distinta de la sujeción del legislador a la Constitución, la noción es seguramente útil, pero en ella se agota su utilidad. El Tribunal Constitucional ha de invocarla de manera constante porque está en la Constitución, pero ni esta presencia facilita su tarea, ni el resultado de ésta se vería afectado por su desaparición si con ella no desapareciera también la jurisdicción constitucional. Es, en cierto sentido, una mera figura retórica, que a partir de una improbable distinción entre lo esencial y lo accidental de los derechos, presenta como relación entre normas lo que es realmente una relación entre poderes: es el juez, no el legislador, el encargado de decidir en última instancia sobre la interpretación de la Constitución.

La doctrina del Tribunal Constitucional respecto de esta oscura noción ha evolucionado con el tiempo desde lo que cabría llamar una concepción dura a otra más blanda o, para utilizar expresiones habituales en la doctrina alemana, enfrentada desde hace más tiempo con el problema, que tiene allí su origen, desde una concepción “absoluta” a otra “relativa” (o “relativista”) del contenido esencial. De acuerdo con la primera de ellas, los derechos fundamentales tendrían una estructura análoga en cierto sentido a la de ciertas frutas: un núcleo duro, impenetrable, rodeado de una sustancia más blanda, de la que cabe separar trozos o capas sucesivas. De acuerdo con la segunda, la estructura del derecho es homogénea; no hay dentro de ella, como en la anterior, dos partes diferenciadas, sólo una de las cuales sería indisponible para el legislador, los límites constitucionales a la acción configuradora de éste vienen, en consecuencia, más que del interior mismo del derecho, de la relación existente este y los restantes derechos (eventualmente, también, con otras finalidades constitucionalmente protegidas).

La primera concepción suscita una doble dificultad. En primer lugar, la que implica la existencia de dos partes muy diferenciadas dentro de un mismo derecho, susceptibles de ser definidas mediante un método a priori. En segundo término, la de que, aislado así, con independencia de la relación concreta entre el derecho en cuestión y otros derechos, el núcleo intangible para el legislador, éste parece quedar en libertad para disponer sin restricción alguna de la “parte blanda” del derecho.

Desde el comienzo de su actividad, y durante mucho tiempo, el Tribunal Constitucional optó, como hemos dicho, por la primera de estas dos concepciones, proponiendo dos métodos alternativos para la determinación del “contenido esencial” de los derechos: acudir a “la naturaleza jurídica o modo de concebir o de configurar cada derecho”, o “tratar de buscar... los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”. Según la primera vía “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose... Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas”. El segundo camino per-

mitiría “hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos..., se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.³⁹

Aunque esta doctrina es reiteradamente invocada en muchas decisiones posteriores,⁴⁰ en los últimos tiempos, sin abandonarla explícitamente, el Tribunal parece inclinarse hacia una concepción relativista, en la que la definición del contenido esencial no puede hacerse *a priori*, sino sólo como resultado de un juicio sobre el caso concreto. Así, por ejemplo, al afirmar, en relación con el derecho de acceso a los cargos y funciones públicos, que éste “se impone en su contenido esencial al legislador, de tal manera que no podrá (éste) imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, más allá, de los imperativos del principio de igualdad... no se ordenen a un fin legítimo y en término proporcionados a dicha finalidad”.⁴¹

4.2. *El principio de proporcionalidad*

En esta concepción “blanda” del contenido esencial de los derechos, éste viene a identificarse con el resultado propio de la aplicación del principio de proporcionalidad, al que el Tribunal ha acudido muy frecuentemente para enjuiciar la limitación legal de los derechos. Por eso es perfectamente lógico que, quienes, como Jiménez Campo, preconizan que la determinación del contenido esencial sólo es posible en el momento de enjuiciar la ley, no en abstracto, nieguen la posibilidad de acudir al principio de proporcionalidad como principio independiente para el enjuiciamiento de la ley.⁴² Esa negativa no se origina, según entiendo, en el hecho de que el principio de proporcionalidad no ofrezca criterio alguno para determinar en abstracto la elasticidad o “compresibilidad” de los derechos, sino sólo un medio para resolver en concreto so-

39 STC 11/81, de 8.4.81 en JC, vol. I, 174-217 (191-192). Ambos caminos, continúa diciendo la sentencia, “no son alternativos, ni siquiera antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar complementarios, de modo que... pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que, por una u otra se llega”. Quizás, lo que realmente sucede, es que los dos supuestos caminos no son en realidad sino uno que en todo caso lleva a definir el contenido esencial merced el recurso a categorías que no están en la Constitución.

40 *Vid.*, por ejemplo, SSTC 13/84, de 3-2-1984, en JC, vol. VIII, 123-132(131), o STC 196/87, de 11-12-1987, en JC, vol. XIX, 509-528(521).

41 STC 71/94, de 3-3-1994, en JC, vol. XXXVIII, 752-782(770). En el mismo sentido, por ejemplo, STC 10/96, de 29.1.96, en JC, vol. XLIV, 92-98(96), según la cual, la limitación legislativa de la legitimación de los particulares para la impugnación de convenios colectivos requiere dos condiciones “que exista una justificación constitucionalmente lícita de esa privación de acceso y que el sacrificio impuesto a los particulares en su derecho de acceder a la justicia sea proporcionado a tal fin”. En ambos casos el principio de proporcionalidad se utiliza, curiosamente, en relación con derechos fundamentales que para el Tribunal son derechos “de configuración legal” en el sentido más fuerte de la expresión.

42 J. Jiménez Campo, *op.cit.*, págs. 484-7. La distinción que se hace en el texto entre la concepción dura y blanda de los derechos, no se corresponde, creo, con la que Jiménez Campo establece, metafóricamente, entre el entendimiento espacial y temporal de éstos (*ibid.*, pgs. 481-2).

bre la licitud de limitaciones o restricciones determinadas acordadas por el legislador, pues es ésta, no aquélla, la cuestión que el juez ha de responder. Su fundamento está más bien en la inconveniencia de utilizar como criterio en cierto sentido “autónomo” de constitucionalidad, lo que no es sino un instrumento para determinar el alcance del canon real, que es el del contenido esencial. Sucede, sin embargo, que la apelación a éste, en razón de la naturaleza no directamente operativa del concepto y de la diversidad de acepciones que encierra remite inevitablemente al principio de proporcionalidad. El problema que éste realmente plantea no es el de duplicar una categoría constitucional o eliminarla, sino el de su propia indeterminación.

El principio de proporcionalidad, que no aparece explícitamente en la Constitución, se ha hecho derivar de ésta por muchas vías distintas y ha sido entendido también de varias maneras. Prescindiendo de aquellos casos en los que la idea de proporción o proporcionalidad se utiliza en su sentido puramente semántico, aunque para extraer de ella consecuencias jurídicas más o menos discutibles,⁴³ el principio en cuestión se ha hecho derivar tanto de la idea misma de derecho fundamental como mandato de maximalización, como de la idea de justicia, o de la de Estado de Derecho.⁴⁴ Como es lógico, esta distinta derivación lleva a entendimientos muy diversos del referido principio. En la mayor parte de los casos, en su aplicación a la limitación de los derechos fundamentales, que es “su principal campo”⁴⁵ como exigencia de que la limitación de estos se justifique por la necesidad de proteger otro derecho o, en todo caso, un bien constitucionalmente defendido y se reduzca al mínimo estrictamente necesario para ello. En otros, especialmente cuando el principio se conecta con la idea de justicia, como concreción de ésta a los más diversos campos. Por ejemplo, como correspondencia entre la gravedad del ilícito y la de la pena prevista para éste.⁴⁶ Pese a la frecuencia con la que lo utiliza,⁴⁷ y la necesidad de distinguirlo de otros principios de los que también con frecuencia hace uso,⁴⁸ ni el Tribunal Constitucional ni la doctrina han construido hasta el presente una teoría clara del principio de proporcionalidad.

4.3. *La ponderación de derechos. Los derechos preferentes*

En el control de la actividad legislativa, el Tribunal Constitucional español ha aludido con frecuencia a la necesidad de ponderar los distintos derechos en presencia y al mayor peso que se ha de conceder a algunos de ellos, en particular a la libertad de expresión y al derecho a

43 Así por ejemplo en STC 24/90, de 15-2-1990, en JC, vol. XXVI, 240-273 (266), en la que la proporcionalidad que se postula es la que media (o debe mediar) entre un acto ilícito y sus consecuencias. Por ignorarla, se anula una sentencia judicial que se limitó a aplicar la ley de acuerdo con el sentido inequívoco de ésta, cuya constitucionalidad no se puso jamás en cuestión.

44 STC 55/96, de 28-3-1996, en JC, vol. XLIV, 609-640 (629).

45 STC 85/92, de 8-6-1992, en JC, vol. XXXIII, 199-213 (209-210). En el mismo sentido STC 55/96, cit. (629). En la primera de estas sentencias, el principio se hace derivar de la idea de estado de Derecho.

46 Así en la misma STC 55/96.

47 Para una relación de las sentencias en las que se ha hecho uso de él vid. STC 85/92, cit. (209). Otras referencias en STC 55/96, también citada.

48 Por ejemplo, el de “razonabilidad”, que en el Voto Particular formulado frente a la STC 55/96 se considera ignorado (638). Sobre el principio de razonabilidad vid. A. Carrasco Parera, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional”, en REDC, no.11 (mayo-agosto 1984), 39-106.

la información. Raramente ha basado, sin embargo, sus decisiones anulatorias en consideraciones de este género, recurriendo de preferencia a la idea de contenido esencial o al principio de proporcionalidad. Por el contrario, acude con frecuencia a consideraciones de esa naturaleza en el control de las decisiones judiciales por la vía del recurso de amparo, (el equivalente español de la *Verfassungsbeschwerde* alemana), utilizándolas para exigir del juez ordinario una interpretación conforme a la Constitución. El juez está sujeto sin duda al imperio de la ley (art. 117.1. CE), pero ha de interpretar sus normas a la luz de los derechos en juego, cuestionando su constitucionalidad cuando dude de ella e interpretándolas en todo caso en el sentido menos restrictivo para aquéllos.

Hasta el presente, los litigios en los que con más frecuencia se ha puesto de relieve esta necesidad de ponderación judicial de los derechos enfrentados, giran en torno a los derechos garantizados en el artículo 20, en contraste las más de las veces con los enunciados en el artículo 18 (derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, derecho al secreto de las comunicaciones), pero eventualmente también con los proclamados en otros artículos.⁴⁹

El Tribunal Constitucional, que no ha de asegurar sólo la corrección de la ponderación legislativa de los derechos, sino también la efectuada por los jueces, se ha esforzado por llevar a cabo esta tarea con un respeto puntilloso por la independencia judicial. Con este fin, durante mucho tiempo se limitó a anular las sentencias que consideraba lesivas de un derecho, sin sustituirlas y devolviendo el asunto al juez *a quo* para que éste dictara nueva decisión de acuerdo con la doctrina expuesta por el supremo intérprete de la Constitución. Esta práctica quizás excesiva hubo de ser abandonada sin embargo a partir del momento en el que algunos jueces, tras afirmar que habían ponderado cuidadosamente los derechos en presencia de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, volvían a una solución idéntica a la anterior, anulada por aquél.⁵⁰

Pese a esta preocupación del Tribunal Constitucional por el respeto de la independencia judicial, no han faltado, como era inevitable, algunos roces leves. La reticencia judicial ante la doctrina del Tribunal Constitucional se ha centrado sobre todo en el valor preferente que éste ha atribuido durante mucho tiempo a la libertad de comunicación en relación con otros derechos, en especial los garantizados en el artículo 18.⁵¹ Quizás la tendencia perceptible en la jurisprudencia más reciente hacia una dilución o reducción de ese valor preferente deba interpre-

49 Por ejemplo con la libertad de creación de centros docentes, que implica la de dotar a estos de una orientación religiosa o ideológica determinada (art. 27.6), que es necesario conciliar con la libertad de cátedra, que en España no aparece regulada en el artículo 27, junto con el derecho a la educación, sino en el artículo 20, en conexión con la libertad de expresión.

50 Vid. SSTC 104/86, de 17-7-1986, en JC, vol. XV, 559-571 (571) y 159/87, de 26-10-1987, en JC, vol. XIX, 134-145(141).

51 STC 6/81, de 16.3.1981, en JC, vol. I, 112-126 (120); STC 171/90, de 12.11.1990, en JC, vol. XXVIII, 362-385(377).

52 Ahora comienza a hablarse, simplemente, de "la especial posición en el Ordenamiento" de las libertades de comunicación; SSTC 132/95, de 11.9.95, en JC, vol. XLIII, 36-47(44); 19/96, de 12.2.96, en JC, vol. XLIV, 218-228(225).

LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ¿CRISÁLIDA DE UNA JURISDICCIÓN SUPRA-CONSTITUCIONAL?¹

Carlos Ruiz Miguel^(*)

SUMARIO: I. Introducción. Planteamiento del problema. II. Función consultiva y jurisdicción. 1. Consideraciones históricas. 2. Competencias consultivas de Tribunales Constitucionales. 3. Competencias consultivas de Tribunales internacionales. A. La CPIJ y la CIJ. B. El TJUE. C. El TEDH. III. La función consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos. 1. La función consultiva y la naturaleza del Sistema interamericano de derechos humanos. 2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. IV. Reflexiones finales. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. La línea de separación entre el consejo y la jurisdicción es muy porosa: a menudo la institución del consejo se ha transmutado en jurisdicción.² ¿Podría suceder esto con la Corte Inte-

(*) Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela (España).

1 Abreviaturas: ADCL (*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*); CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos); CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos); CIJ (Corte Internacional de Justicia); CPIJ (Corte Permanente de Justicia Internacional); OC (Opinión Consultiva de la CIDH); RCADI (*Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*); STEDH (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos); TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

2 Estaríamos ante un caso de transformación de la *auctoritas* en *potestas*. Sobre ello, véase Manuel GARCÍA PELAYO, "Auctoritas" (1969), en *Idea de la política y otros escritos*, CEC, Madrid, 1983, p.

americana de Derechos Humanos? Este y otros interrogantes van a ser el objeto del presente trabajo. La función consultiva atribuida a la CIDH resulta ciertamente atrayente como objeto de estudio. La misma ha llegado a ser calificada como 'única en el Derecho internacional contemporáneo'.³ Así las cosas vamos a intentar buscar una respuesta a diversos interrogantes que se plantean en el estudio de este asunto. En primer lugar, cabría preguntarse el por qué el TEDH, homólogo de la CIDH, no ha dictado ni una sola opinión consultiva en su historia, a pesar de dictar varios cientos de sentencias, mientras en el caso americano nos encontramos con la situación opuesta, a saber, que hasta la fecha la CIDH ha dictado más opiniones consultivas que sentencias (excluimos otro tipo de resoluciones, que suelen producirse en los mismos casos en los que se dicta sentencia). En segundo lugar, cabría plantearse si hay alguna explicación al hecho de que la mayor parte de las opiniones consultivas procedan de ciertos países. En tercer lugar, cabría indagar, a pesar del relativo éxito de la competencia consultiva, acerca de las posibles incoherencias de la función consultiva en el mecanismo americano de protección de derechos humanos. Y finalmente, se podrían aventurar algunas reflexiones para el futuro de esta categoría y, en concreto, hasta qué punto esta competencia consultiva de la CIDH podría ser una crisálida que en el futuro se metamorfosee en una jurisdicción supra-constitucional americana. Las respuestas a estos interrogantes creemos que pueden estar interrelacionadas.

2. Para intentar ofrecer alguna explicación procede, en primer lugar, interrogarse acerca del significado jurídico de la técnica consultiva en general y de su relación con la actividad jurisdiccional; en segundo lugar, podríamos explorar los antecedentes existentes en el Derecho Constitucional y en el Internacional de competencias consultivas atribuidas a tribunales; en tercer lugar, deberíamos dirigir nuestra mirada a la forma en la que se configura la función consultiva en el sistema americano de derechos humanos; y, finalmente, podríamos aventurar algunas conclusiones (quizá sólo hipótesis) y formular algún pronóstico.

II. FUNCIÓN CONSULTIVA Y JURISDICCIÓN

1. *Consideraciones históricas*

1. La relación entre la técnica de la consulta y la jurisdicción puede remontarse al Derecho Romano. En el Derecho Público Romano está clara la distinción entre la *auctoritas* (que era un

154; Carlos RUIZ MIGUEL, *Consejo de Estado y Consejos Consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 7-8.

³ Así, lo afirma la CIDH en su OC-3/83, n° 43. Ciertamente, esta afirmación debiera ser matizada: no creemos que pueda ser entendida en el sentido de ser original (pues tiene clara inspiración en diversos antecedentes), pero es lo cierto que, por un lado, se configura como la más amplia que existe en el ámbito jurídico-internacional, y que, por otro, ha experimentado un gran éxito (en comparación con los demás antecedentes del mismo). Una sistematización de las opiniones consultivas de la CIDH hasta 1987 se contiene en la obra de Manuel E. VENTURA y Daniel ZOVATTO, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Civitas, Madrid, 1989. Quizá lo único que podría reprocharse a esta excelente sistematización de la doctrina consultiva de la CIDH sea precisamente eso, que se limita a reproducir la citada doctrina.

consejo ‘autorizado’, valga la redundancia, esto es, emitido por una persona o un órgano cualificado) y la *potestas* y el *imperium* (que llevaban consigo el elemento de la coactividad). Por su parte, en el Derecho Privado Romano, inicialmente nos encontramos que en el ejercicio de la función jurisdiccional había una división de funciones entre los *prudentes* (que con su auctoritas dictaban un *responsum* o una *sententia* con su opinión acerca de la solución de un caso) y los magistrados que investidos de poder la ejecutaban. Esta división parece quebrarse o al menos modularse cuando Augusto estableció que sólo podía emitir *responsa* el Príncipe o quien recibiera de él el derecho a emitir los mismos.⁴ Esta forma de administrar justicia se prolonga a partir de entonces a lo largo de toda la Edad Media e incluso bien entrada la Edad Moderna. En efecto, en la Edad Media será competencia del Rey la resolución de los conflictos, pero esa tarea, o bien es ejercida directamente por el rey con el consejo de ciertos sabios o prudentes o bien es ejercida por ciertos consejos en los que el rey delega expresamente sus facultades judiciales. Por su parte, hasta bien entrada la Edad Moderna, vamos a encontrarnos, sobre todo en el ámbito de la Administración con el hecho de que los actos de la misma no van a ser juzgados por tribunales ordinarios, sino por ‘Consejos’ formados por personal ciertamente cualificado pero nombrados por el Ejecutivo.⁵ La consecuencia última de ello será que en la facultad de juzgar irán estrechamente ligadas la *auctoritas* y la *potestas*, de suerte que no será concebible una decisión judicial que no sea obligatoria.

2. La técnica consultiva tiene semejanzas y diferencias con la jurisdicción. Las semejanzas son básicamente dos. En primer lugar, tanto la jurisdicción como la consulta tienen un carácter rogado, es decir, se actúan a instancia de parte. El carácter rogado de la jurisdicción es claro y este carácter en relación con la consulta se aprecia en el brocardo latino *ad consilium ne accesseris antequam voceris*. En segundo lugar, tanto en la consulta como en la jurisdicción se emiten ‘juicios’. Pero también existen diferencias. En primer lugar, en la jurisdicción existe una contradicción entre las partes del caso, algo que no se produce en la consulta en la que no hay ‘partes’. En segundo lugar, y quizá esta sea la diferencia fundamental, en la consulta el ‘juicio’ emitido no tiene carácter obligatorio, carácter que sí está presente en el ‘juicio’ emanado de la jurisdicción⁶ (lo que implica el efecto de ‘cosa juzgada’). En tercer lugar, existe otra aparente diferencia entre la consulta y la jurisdicción: la consulta tiene un carácter preeminentemente técnico y abstracto, mientras que la jurisdicción en principio se lleva a cabo para resolver litigios concretos. Sin embargo, esto debe matizarse pues los *responsa* que emitían los juristas romanos de la república, si bien tenían un carácter técnico y abstracto en los que básicamente había un pronunciamiento sobre el ‘derecho’ con independencia de los ‘hechos’ y de la eventual

4 Sobre esto, véase Alejandro FERNÁNDEZ BARREIRO, *Presupuestos de una concepción jurisprudencial del Derecho Romano*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1976, p. 34 ss. Un examen de las interacciones entre la *auctoritas* y la *potestas* y de la presencia de estos conceptos en la Teoría de la Constitución y en la Teoría Política en Carlos RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, p. 3 ss.

5 Véase una exposición sobre ello en RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, p. 24 ss. Esta situación pervive en Francia modelo del *Conseil d'État* clásico (RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, p. 49 ss. y bibliografía allí citada).

6 En el Derecho Romano, se encuentra la cláusula ‘*ex consilio nemo obligatur*’ (Digesto 17, 1, 2). En la Edad Media, con la Recepción del Derecho Común encontramos textos de similar índole (Partida VII, título XXXIV, regla VI).

prueba de los mismos, se emitían al hilo de casos concretos. En cuarto lugar, e íntimamente relacionado con lo anterior, mientras la consulta suele tener un carácter previo, la jurisdicción suele tener un carácter a posteriori. Esto debe matizarse, sin embargo. Por un lado, ciertamente, la consulta se suele formular antes de que se llegue a producir un conflicto y, precisamente, con la intención de evitar ese conflicto (razón por la cual tiene un carácter abstracto y no concreto), pero la experiencia romana de los *responsa* y la posterior de los Consejos nos revela que también puede solicitarse una consulta para resolver un litigio concreto ya existente. Por otro lado, existen casos en los que, a pesar de no haberse llegado a producir un litigio concreto, puede existir una jurisdicción preventiva (el caso paradigmático hoy día sería el modelo francés de jurisdicción constitucional).

2. *Competencias consultivas de Tribunales Constitucionales*

1. La historia de los Tribunales Constitucionales (utilizando esta expresión en sentido amplio, y no sólo en el estricto kelseniano de órganos de control de la constitucionalidad separados del poder judicial)⁷ nos refiere diversas tentativas de atribuir competencias consultivas a los tribunales encargados de velar por la constitucionalidad de las normas, tentativas que, generalmente, se vieron rechazadas.

2. El caso paradigmático es el de Estados Unidos. Ya los padres de la Constitución norteamericana rechazaron la propuesta de que el Presidente, la Cámara de Representantes y el Senado pudieran solicitar opiniones consultivas al Tribunal Supremo. Sin embargo, en los primeros años de vida de la Federación, a través de una curiosa técnica de intercambio de cartas entre el Ejecutivo y el Tribunal Supremo pareció perfilarse una especie de técnica consultiva con cierto parentesco con lo que hoy llamaríamos un control previo o preventivo de la constitucionalidad.⁸ Sin embargo, esta práctica pronto sería rechazada. Así sucedió en 1793 cuando frente a la pretensión formulada por el Secretario de Estado Jefferson, de solicitar consejo (*advice*) acerca de ciertas cuestiones expresamente calificadas de abstractas (*abstract questions which have already occurred, or may soon occur*), el presidente del Tribunal Supremo, Jay, replicó que al Tribunal Supremo no le correspondía constitucionalmente la decisión extra-judicial de esas cuestiones.⁹ Estas consideraciones, expresadas de modo ‘oficioso’ serán confirmadas por la jurisprudencia que recordará que el art. III de la Constitución sólo habilita a los tribunales para resolver casos concretos (*cases and controversies*), pero no para dar opiniones consultivas sobre la actividad del legislativo o del ejecutivo.¹⁰ Esto concuerda perfectamente con el principio del

⁷ Así lo entiende también Héctor FIX-ZAMUDIO, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en Ensayos sobre el Derecho de Amparo, UNAM, México, 1993, p. 153 ss. (p. 179).

⁸ En general, sobre el control preventivo, puede verse Miguel Ángel ALEGRE MARTÍNEZ, *Justicia constitucional y control preventivo*, Universidad de León, León, 1995.

⁹ Manley O. HUDSON, “Les avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale”, RCADI vol. n° 8 (1925-III), p. 341 ss. (p. 383-384); Ronald D. ROTUNDA y John E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law*, West Publ., St. Paul, Minn., 1992, vol. 1, p. 162-163; Laurence Henry TRIBE, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Minneola, N.Y., 1978, p. 56-57.

¹⁰ *Muskrat v. United States*, 219 U.S. 346, 362 (1911); *United States v. Freuhauf*, 365 U.S. 146 (1961); *Alabama c. Arizona*, 291 U.S. 286, 291 (1984).

Derecho Procesal Constitucional estadounidense en virtud del cual el Tribunal Supremo no debe anticipar una duda de constitucionalidad antes de que sea necesario decidirla.¹¹ Ciertamente, existen algunos estados de la Unión norteamericana en los que se admite constitucionalmente la posibilidad de solicitar dictámenes consultivos a los tribunales,¹² pero en tales casos los jueces suelen hacer hincapié en que al emitir tales dictámenes no realizan una actividad jurisdiccional y que, en consecuencia, esas opiniones no pueden beneficiarse del principio *stare decisis*. Esta doctrina, sin embargo, ha quedado parcialmente matizada en la medida en la que el Congreso y la jurisprudencia han admitido la emisión de sentencias meramente declarativas.¹³

3. En Europa quizá el primer intento de atribución de una competencia consultiva a un Tribunal Constitucional lo encontramos en la República de Weimar, en la que en 1926 se elabora un Proyecto de ley reguladora del control de la constitucionalidad de las leyes del Reich. En dicho proyecto (art. 7) se establecía un control previo de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos del Reich. Esta función se caracterizaba porque, además de ser previa a la entrada en vigor de las normas enjuiciadas, tenía naturaleza consultiva y no jurisdiccional pues culminaba en un dictamen (*Gutachten*), no una sentencia, del Tribunal, el cual, como tal dictamen que era, no resultaba vinculante. Aunque algunos profesores alemanes criticaron el carácter no jurisdiccional y vinculante del juicio del Tribunal, es lo cierto que se mantuvo invariado el texto del Proyecto, si bien finalmente este Proyecto nunca llegó a convertirse en ley.¹⁴

Posteriormente, no hay más ejemplos en el Derecho Comparado Europeo de Tribunales Constitucionales con funciones consultivas sobre normas del tipo proyectado en la República de Weimar. Ciertamente hay un caso especial, el del Consejo Constitucional francés que se caracteriza por llevar a cabo un control exclusivamente previo de la constitucionalidad, pero en esa tarea sus decisiones son vinculantes (art. 62 de la Constitución de la República Francesa de 4 de julio de 1958). No obstante, la legislación sobre el Consejo Constitucional francés (la Ordenanza Orgánica del Consejo Constitucional) le ha atribuido, entre sus numerosas funciones, tres de tipo consultivo, pero ninguna de ellas tiene que ver con el enjuiciamiento de normas.¹⁵

4. En Hispanoamérica, prácticamente no encontramos casos de competencias consultivas atribuidas a tribunales constitucionales. En el pasado existen, sin embargo, ciertos antecedentes

11 Véase la formulación de este principio con cita de jurisprudencia en el voto particular del juez BRANDEIS a la sentencia *Ashwander v. Valley Authority*, 297 U.S., 288, 346-347 (1936).

12 Un interesante elenco en HUDSON, *op. cit.*, p. 384-389.

13 TRIBE, *op. cit.*, p. 58-59.

14 Sobre este proyecto, véase Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, p. 171 ss. (especialmente p. 209-211).

15 Sobre el Consejo Constitucional francés, véase, en la literatura española la obra de Javier PARDO FALCÓN, *El Consejo Constitucional Francés*, CEC, Madrid, 1990. Las funciones consultivas del Consejo a las que se alude en el texto se refieren a la organización de la elección del Presidente de la República (PARDO FALCÓN, p. 434), a la organización de las operaciones preparatorias de los referenda populares (PARDO FALCÓN, p. 474-476) y a las medidas excepcionales que puede tomar el Presidente de la República al amparo del art. 16 de la Constitución (PARDO FALCÓN, p. 513 ss.).

de ello. Sin duda, el más interesante es el de Colombia, cuya Constitución de 1886, vigente hasta 1991, en sus arts. 84 y 90 establecía unas competencias consultivas de su Corte Suprema. También confirieron atribuciones consultivas a sus Cortes Supremas la Constitución de Honduras de 1894 (art. 100) y la de Nicaragua de 1911 (art. 99). Actualmente, sin embargo, sólo se encuentran en un caso, en el que, por lo demás, la realidad consultiva es menor de lo que se aparenta en el nombre. Tanto la Constitución de 7 de noviembre de 1949 y reformada en este sentido en 1989 (art. 10.b) como la ley de la jurisdicción constitucional de Costa Rica (ley nº 7135, de 11 de octubre de 1989) contemplan la posibilidad de que la Sala Constitucional de la Corte Suprema resuelva ciertas ‘consultas’. Sin embargo, estas ‘consultas’ no siempre son tales. En el caso de las ‘consultas judiciales de constitucionalidad’ (arts. 102 ss. de la ley nº 7135) su carácter no consultivo queda de manifiesto en el art. 107 de la ley en el que se afirma que ‘la resolución de la Sala... tendrá los mismos efectos... que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad’. En realidad, esta figura se asemeja a la ‘cuestión de inconstitucionalidad’ del Derecho español. Por su parte, cuando se trata de las demás ‘consultas de constitucionalidad’, que versan sobre ciertos proyectos de disposiciones normativas, el art. 101 de la ley establece que ‘el dictamen de la Sala sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado’. De ello se deduce que en el caso de que la Sala resuelva que un determinado proyecto es inconstitucional su actuación no es meramente consultiva, pues resulta vinculante. Sólo existe un asomo de consulta en la medida en que una afirmación en vía consultiva de que un texto resulta constitucional carece del efecto de cosa juzgada y no resulta vinculante.

En Panamá también existe una llamada ‘consulta de inconstitucionalidad’. Esta figura tiene su origen en una propuesta formulada en 1919 por el jurista panameño Eusebio A. Morales que tuvo su encarnación constitucional en el art. 188.2 de la Constitución panameña de 1941. La Constitución de 1946 reproduce esta figura, pero en la reforma de esta Constitución elaborada en 1956 desaparece de la Carta Magna la palabra ‘consulta’, como también ocurre en la Constitución de 1972. Aunque la doctrina constitucional panameña siga hablando de ‘consulta’ para aludir a esta institución,¹⁶ lo cierto es que la resolución de la Corte Suprema es vinculante, por lo que no es correcta la calificación técnica de ‘consulta’ para aludir a esta institución. Se trata más bien, de algo equiparable a la ‘cuestión de inconstitucionalidad’ española.

3. *Competencias consultivas de Tribunales internacionales*

A. *La CPJI y la CIJ*

1. La atribución de una competencia consultiva a la CPJI tiene su origen en el art. 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones y se introdujo de forma un tanto irreflexiva.¹⁷ El precepto an-

¹⁶ Sandra DOSS THOMAS, *La consulta sobre constitucionalidad en Panamá (evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial)*, Universidad de Panamá, Panamá, 1992; César QUINTERO CORREA, “La consulta de inconstitucionalidad en Panamá”, ADCL 1997, p. 155 ss.

¹⁷ Sobre ello, HUDSON, *op. cit.*, p. 350-359.

tecitado estableció que la Corte proyectada en el Pacto meritado dispondría no sólo de competencia para entender ‘en todos los desacuerdos de carácter internacional’ que las partes sometieran a su examen, sino también de la facultad de emitir ‘opiniones consultativas (*advisory opinion/avis consultatif*) acerca de cualquier controversia o cuestión cuyo examen le confie la Asamblea o el Consejo’. Este precepto del Pacto no fue desarrollado en las normas del Estatuto original de la CPJI que silenció todo lo relativo a la competencia consultiva. Ese vacío se colmó a través del Reglamento de la Corte de 1922 que incorporó algunas disposiciones para regular esta competencia consultiva y que fue modificado en 1926 y 1927 para positivizar la práctica (satisfactoria) de la Corte en materia consultiva. Finalmente, en 1936, la reforma del Estatuto de la CPJI dio una mayor cobertura jurídica a la figura del procedimiento consultivo.¹⁸ La experiencia de la CPJI puede considerarse fundamental para la posterior CIJ en muchos aspectos y también en el asunto que nos ocupa. En efecto, la CPJI hizo un uso ciertamente considerable de la competencia consultiva llegando a emitir 27 dictámenes en su corta vida de menos de dos décadas.

En esta etapa se planteó ya la cuestión de la naturaleza jurídica de esta competencia consultiva. La CPJI pronto se pronunció a este respecto, declarando que la Corte, siendo un tribunal de justicia, no podía, incluso en su función consultiva, separarse de las reglas esenciales que guían su actividad en cuanto tal tribunal.¹⁹ Esto significaba básicamente la introducción de elementos contradictorios en el proceso y la aplicación de las garantías propias del procedimiento contencioso en la medida en que la Corte las estimara pertinentes al procedimiento consultivo.²⁰ Ello llevaba consigo un riesgo importante de despojar a la función consultiva de las ventajas que son propias de esta técnica.²¹

2. Después del colapso de la Sociedad de Naciones, se creó una nueva organización, la Organización de las Naciones Unidas en cuya carta fundacional se contempló la existencia de una Corte cuyo nombre, sin embargo, fue levemente modificado, la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que comenzó a operar en 1946. En esta nueva etapa, a la luz de la exitosa experiencia de la CPJI se volvió a atribuir competencia consultiva a la Corte, en virtud del art. 96 de la Carta de Naciones Unidas. Esta facultad fue desarrollada en el Estatuto de la CIJ (arts. 65-68), que, como se sabe, es parte integrante de la Carta, y en su Reglamento (arts. 102-109). En esta nueva fase, el régimen jurídico de las opiniones consultivas ha experimentado algunas modificaciones. La primera y más importante afecta a la legitimación para instar la apertura de este procedimiento. Mientras en el régimen de la CPJI sólo dos órganos de la SDN podían instarlo (la Asamblea y el Consejo), ahora, esa legitimación se ha ampliado extraordinariamente, pues pueden pedir su dictamen hasta 22 sujetos.²² La segunda afecta al objeto, pues mientras en el régi-

18 Sobre esta evolución, ver Démètre NÉGULESCO, “L’évolution de la procédure des avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale”, RCADI n° 57 (1936-III), p. 1 ss. (p. 10 ss.).

19 Asunto de la Carelia Oriental, PCJI, Serie B, n° 5, p. 29 (opinión dictada el 23 de julio de 1923).

20 Sobre este progresivo deslizamiento de la competencia consultiva hacia la contenciosa véase ya en una temprana fecha, Charles de VISSCHER, “Les avis consultatifs de la Cour Permanente de Justice Internationale”, RCADI n° 26 (1929-I), p. 1 ss. (p. 18, 28-29, 52).

21 DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 59-60.

22 Están directamente autorizados a pedir dictamen la Asamblea General y el Consejo de Seguridad

men de la CPJI ese objeto era ‘cualquier controversia o cuestión’ que le fuera confiado, ahora el objeto queda mucho más delimitado pues sólo puede ser una ‘cuestión jurídica’. A pesar de la sustancial ampliación de la legitimación en esta nueva etapa, desde 1946 hasta hoy la CIJ sólo se han emitido 23 opiniones consultivas, número nada desdeñable, pero inferior proporcionalmente al de las emitidas por la CPJI. En cualquier caso, algunos de esos dictámenes han tratado de temas de gran trascendencia jurídica y política internacional (como el dictamen del Sahara Occidental emitido en 1975 reconociendo el derecho del Sahara Occidental a su autodeterminación y rechazando la existencia de pasados vínculos de soberanía entre ese territorio y Marruecos o Mauritania).

A la luz de la normativa y de la práctica existente hasta ahora podría plantearse si en este momento la competencia consultiva de la CPJI es realmente consultiva o si se trata de una jurisdicción a la que se le hurta su nombre. Ciertamente, ningún texto positivo utiliza la expresión ‘jurisdicción consultiva’. Ahora bien, si trascendemos el nombre para ir a la sustancia, las dudas se acrecientan. Como dijimos en un momento anterior, existen diferencias entre la técnica consultiva y la jurisdicción. ¿Se dan en este supuesto? En primer lugar, y por lo que respecta a la presencia del principio de contradicción, es lo cierto que en los procedimientos consultivos en los que se resuelve un litigio se permite la contradicción de las partes y ello se ha consagrado en el art. 66 del Estatuto de la CIJ. Cabe, por tanto, hablar de contradicción en estos procedimientos. En segundo lugar, y en relación con el efecto de cosa juzgada, si bien este efecto es generalmente negado por la CIJ y por la doctrina a las opiniones consultivas, admite alguna matización cuando la opinión no es afirmativa sino negativa (es decir cuando el dictamen dice que algo viola el Derecho internacional) o cuando es ‘interpretativa’, es decir, cuando de entre varias posibilidades interpreta que sólo una es conforme con el Derecho internacional.²³ En estos asuntos, al no haber en principio ‘cosa juzgada’ es perfectamente posible desviarse de la opinión de la Corte, pero existe un riesgo cierto y evidente de que la Corte, si se viera enfrentada en vía contenciosa a juzgar de los mismos, vaya a mantener esa misma doctrina.²⁴ En tercer lugar, la relevancia del carácter abstracto o concreto de los asuntos enjuiciados para determinar el carácter jurisdiccional de esta función ya vimos que es relativa. Pero aun considerando como exclusivo de la vía consultiva el estudio de asuntos abstractos ello no termina de resolver los problemas.²⁵ En definitiva, la competencia consultiva no creemos que pueda considerarse formalmente jurisdiccional, pero sí al menos cuasi-jurisdiccional.

de Naciones Unidas (art. 96.1 de la Carta). Además, pueden solicitarlo ‘otros órganos de Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados a ello por la Asamblea’ (art. 96.2). La Asamblea ha autorizado esta facultad a otros 4 órganos de las Naciones Unidas y a 16 organismos especializados de Naciones Unidas (sobre esto, puede verse, Carlos D. ESPÓSITO, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 62 ss.).

23 ESPÓSITO, *op. cit.*, p. 18, 146 ss.

24 DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 34-36.

25 Se ha estimado que ello conlleva dos riesgos: en primer lugar, si se trata de interpretaciones abstractas de instrumentos ‘constituyentes’ de Naciones Unidas se corre el riesgo de que puedan llegar a ser consideradas como ‘interpretaciones auténticas’ e incluso ‘enmiendas’; en segundo lugar, esta consideración abstracta de los asuntos otorga a la Corte una función ‘política’ relacionada con la propiamente legislativa y con la de dirección de la política internacional (Michla POMERANCE, “The Advisory Role of the International Court of Justice and its ‘Judicial’ Character: Past and Future Prisms”, en A.S.

B. *El TJUE*

1. Posiblemente el órgano más importante en el proceso de construcción europea en el marco comunitario ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁶ La Unión Europea ha sido calificada como organización supranacional, por lo que el TJUE no es, estrictamente hablando, un tribunal internacional sino que más bien cabría calificarlo como un tribunal supranacional que, entre otros cometidos, vela por la integridad del Derecho comunitario. En el ejercicio de esta tarea, no sólo combate las disposiciones nacionales de los Estados miembros de la Unión que contradigan el conjunto del Derecho Comunitario, sino que además controla el Derecho comunitario derivado para que no entre en contradicción con el Derecho comunitario originario. Pero si el TJUE no es un tribunal internacional clásico, tampoco creemos que pueda ser calificado en este momento como un ‘Tribunal Constitucional’ por la sencilla razón de que, se diga lo que se diga, la Unión Europea no es aún un Estado y no dispone aún de Constitución. Ciertamente, desde el punto de vista material, los tratados internacionales que dan vida a la UE podrían asimilarse a una especie de Constitución, pero es lo cierto que desde el punto de vista formal queda fuera de toda discusión que dichos tratados son eso, tratados internacionales, pero no una Constitución adoptada por un poder constituyente europeo (que no existe por el momento), y es ocioso recordar aquí la importancia que tienen las formas en el mundo del Derecho.

2. La normativa comunitaria ha atribuido al TJUE una competencia aparentemente consultiva al establecer que bien dos órganos (el Consejo o la Comisión), bien un Estado miembro de la Unión podrán solicitar el ‘dictamen’ del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los tratados fundacionales de cualquier acuerdo internacional previsto por la Unión. Si el dictamen resultara negativo, el acuerdo internacional previsto sólo podrá entrar en vigor previa reforma de los tratados comunitarios llevada a cabo de acuerdo con el procedimiento contenido en los mismos (art. 228.6 TCEE; art. 300.6 del Tratado de la Unión en la redacción prevista en el aún no ratificado Tratado de Amsterdam). Aquí cabría plantear diversas cuestiones. La primera sería la de dilucidar qué significa ‘acuerdo previsto’. El TJUE ha interpretado muy generosamente esta cláusula pues ha incluido en la misma desde un caso en el que no se habían entablado aún negociaciones formales (Dictamen 1/1994) hasta un caso casi opuesto, en el que se solicitó un dictamen acerca de un acuerdo internacional que ya había llegado a ser firmado pero aún no ratificado (Dictamen 2/1994). La segunda cuestión sería la de qué naturaleza presenta este procedimiento. Realmente no podemos considerar que se trate de una consulta, técnicamente hablando, pues el juicio negativo es vinculante e impide la ratificación de un tratado por la Unión sin la previa reforma de los tratados vertebradores de la misma.²⁷ En realidad, estamos

MÜLLER *et al.* (eds.), *The International Court of Justice. Its Future Role after Fifty Years*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1997, p. 271 ss. (p. 312-313).

²⁶ La normativa que regula el TJUE se halla en los arts. 164 ss. del Tratado de la Comunidad Económica Europea y disposiciones concordantes de los Tratados CECA y CEEA. Si se lleva a cabo la ratificación del llamado Tratado de Amsterdam de reforma de los tratados de la Unión, dicha normativa será la de los arts. 220 ss. del Tratado de la Unión Europea (en su nueva numeración).

²⁷ Algunos autores yerran, en consecuencia, al calificar esta institución: así, José PALACIOS GONZÁLEZ, *El sistema judicial comunitario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, p. 338-340 (que

ante un caso de control preventivo de la ‘constitucionalidad’ (utilizamos la expresión con todas las salvedades antedichas) comunitaria.²⁸ Este procedimiento apenas si se ha empleado en una decena de casos, si bien algunos de ellos han sido especialmente trascendentes.²⁹

C. *El TEDH*

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue originariamente concebido como un órgano jurisdiccional con la misión de garantizar el respeto al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la salvaguarda de las libertades públicas firmado en Roma en 1950 (CEDH). Esta labor de control puede llevarse a cabo por dos vías. La primera, y la más utilizada, es la originariamente diseñada como de control concreto, prevista en el art. 25 CEDH, en virtud del cual toda persona que haya sido ‘víctima’ de una vulneración en los derechos que le reconoce el Convenio puede activar los mecanismos de protección que, eventualmente, pueden dar lugar a un pronunciamiento del TEDH. Se trata, por tanto de un control concreto que se produce cuando existe un ‘caso’, es decir una situación en la que efectivamente se ha producido tal violación. La segunda vía para desencadenar el mecanismo protector es la diseñada en el art. 24 CEDH, que establece que cualquier Estado puede denunciar ‘cualquier incumplimiento’ del Convenio que considere imputable a otra Parte Contratante del acuerdo internacional. Esta vía queda abierta, por tanto, a ‘cualquier incumplimiento’ y en la generalidad de esta formulación se da cabida no solo a las situaciones concretas en las que pueda darse una vulneración del CEDH, sino también a situaciones abstractas que puedan suponer, en cuanto tales, una violación de las obligaciones asumidas.³⁰ Así, por ejemplo, si un Estado dictara una ley que se supone contraria al Convenio, en principio, dicha ley, en tanto no se aplique a casos concretos, no puede ser objeto de recurso por particulares (siguiendo la vía del art. 25 CEDH), pero sí podría ser denunciada por otro Estado (art. 24 CEDH). De esta forma, el control abstracto de la conformidad con el CEDH de la legislación de un Estado Parte sólo podía ser hecha por otro Estado Parte. Esto, que ciertamente supone una cierta amenaza para los Estados, se atenúa si tenemos en cuenta que se trata de un arma de doble filo, pues un Estado ‘A’ que denunciase a otro Estado ‘B’ se arriesgaría a que en el futuro el denunciado se convirtiese en denunciante y viceversa. Esto explica que en la historia del TEDH sean absolutamente excepcionales los casos de denuncia de un Estado contra otro.

La situación, sin embargo, ha cambiado por vía jurisprudencial. En un principio, el TEDH, ateniéndose a la letra del Convenio indicó que ‘no es suficiente para un individuo de-

habla de ‘dictamen consultivo’ aunque el tratado sólo dice ‘dictamen’) y ESPÓSITO, *op. cit.*, p. 2 (que le atribuye ‘competencia consultiva’).

28 En el mismo sentido, Ricardo ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, p. 443.

29 El Dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994 versó sobre la competencia de la UE para ratificar el acuerdo de creación de la Organización Mundial del Comercio; el dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 trató acerca de la posible adhesión de la Comunidad Europea al Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales firmado en Roma en 1950.

30 Así lo declaró la STEDH Irlanda c. Reino Unido, A 25, nº 240.

mandante sostener que una ley viola por su simple existencia los derechos que él disfruta en los términos del Convenio; dicha ley debe haber sido aplicada en su perjuicio'.³¹ Sin embargo, posteriormente, el TEDH consideró que era suficiente para recurrir el hecho de que un Estado dictase una ley presuntamente contraria al Convenio que, aun en ausencia de actos de ejecución de la misma, haga al particular 'correr el riesgo' de sufrir los efectos de la misma si llegase a ser aplicada.³² De este modo, cualquier particular puede atacar la 'convencionalidad' (conformidad con el CEDH) de cualquier norma general (en especial, leyes) de su Estado.³³ Esta fórmula recuerda teóricamente a la llamada 'fórmula Otero' del Derecho mexicano, en cuya virtud la declaración de inconstitucionalidad de una ley realizada en un caso concreto sólo afecta a ese caso y no implica anulación de esa ley,³⁴ si bien la virtualidad práctica de las declaraciones generales de 'inconvencionalidad' realizadas por el TEDH han tenido unos efectos más amplios que las decisiones judiciales mexicanas basadas en la mencionada 'fórmula Otero'. El TEDH constituye en Europa una crisálida de un futuro Tribunal Constitucional Europeo, encargado de controlar una futura Constitución europea en cuya Parte Dogmática estaría incluido el CEDH.

2. En este contexto hay que entender la reforma del sistema europeo de derechos humanos en virtud de la cual se atribuye competencia consultiva al TEDH. Dicha reforma se lleva a cabo mediante la aprobación del Protocolo Adicional al CEDH nº 2, hecho en Estrasburgo el 6 de mayo de 1963 (en vigor desde el 21 de septiembre de 1970). La nueva atribución consultiva conferida al TEDH tiene unos perfiles ciertamente restrictivos. En primer lugar, la legitimación para solicitar tales dictámenes corresponde única y exclusivamente al Comité de Ministros del Consejo de Europa. La decisión de solicitar un dictamen del TEDH debe ser acordada por una mayoría de dos tercios de miembros del Comité (art. 1.3 del Protocolo nº 2). En segundo lugar, el objeto sobre el que puede versar la consulta es, dentro de sus limitaciones, impreciso. En efecto, la consulta debe versar sobre 'cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos' (art. 1.1 del Protocolo nº 2); sin embargo, quedan excluidas de la consulta, de una parte, 'las cuestiones que traten del contenido o de la extensión de los derechos y libertades' reconocidos en el Convenio y, de otra parte, 'las demás cuestiones que, en virtud de un recurso previsto en el Convenio, podrían ser sometidas a la Comisión, al Tribunal o al Comité de Ministros' (art. 1.2 del Protocolo nº 2).³⁵ Se trata de evitar, con estas prevenciones, que por vía consultivo-abstracta pudiera quedar prejuzgado un asunto que, eventualmente, pudiera llegar a plantearse después por vía contenciosa, evitando así muchos de los reproches que se ha-

31 SSTEDH Golder, A 18, nº 39; Klass, A 28, nº 33.

32 SSTEDH Dudgeon, A 45, nº 41; Norris, A 142, nº 31.

33 He analizado este proceso en Carlos RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 39-41.

34 Sobre ello, FIX-ZAMUDIO, "La declaración general...", *cit.*, p. 161 ss.

35 No es correcta, en consecuencia, la afirmación de Alcalá-Zamora de que las consultas deben ser ajenas 'a cualquier asunto sometido a la Comisión, la Corte o el Comité de acuerdo con los procedimientos establecidos al efecto' (Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1975, p. 56). Este autor establece (*ibidem*) una semejanza entre la función consultiva del TEDH y los 'autos acordados' del Consejo de Castilla anexos a la Nueva Recopilación y de alguna audiencia americana como la de México.

cen a la llamada ‘jurisdicción consultiva’ de la CIJ. La cuestión es, pues, la de comprobar en qué pudieran consistir esas consultas. Lo que parece prácticamente imposible es que tales consultas puedan versar sobre la compatibilidad de una ley nacional con el Convenio, pues la presunta contradicción entre ambos pudiera ser formulada por la vía del art. 24 CEDH. Existe un tipo de consulta que jurídicamente sería posible, pero políticamente sería muy complejo, a saber, consultas sobre la compatibilidad con el CEDH de proyectos de ley o de proyectos de sentencia de un Estado. La complejidad política reside en que no sólo se requiere la voluntad del órgano legislador o judicial de consultar al TEDH, sino que además dicho requerimiento debería tramitarse por el Gobierno del Estado, el cual a su vez debe tener voluntad política de hacerlo, para finalmente ser presentado al TEDH por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. La conclusión que puede sacarse de todo ello es que parece como si se hubiera diseñado esta competencia consultiva del TEDH para que nunca llegara a tener la más mínima eficacia. En este sentido, hay que decir que el diseño ha sido un éxito rotundo, porque jamás se ha solicitado un dictamen al TEDH en la historia del sistema europeo de derechos humanos.

III. LA FUNCIÓN CONSULTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. *La función consultiva y la naturaleza del Sistema interamericano de derechos humanos*

1. El continente americano ha sido pionero en la lucha por un reconocimiento jurídico-internacional del respeto a la persona (los llamados derechos humanos).³⁶ A pesar de ello, la evolución que ha experimentado este reconocimiento ha sido más lenta que en Europa, en buena medida por las singulares circunstancias políticas del Continente. Esta lenta evolución ha provocado una aparición escalonada de normas, de procedimientos, de órganos, que en los actuales momentos presenta ciertas disfuncionalidades.³⁷

En 1948 se expide en Bogotá la Carta de la OEA que, sin embargo, no contenía una declaración de derechos. Esta laguna se suplirá rapidísimamente y en ese mismo año, y antes in-

³⁶ Utilizaremos la expresión ‘derechos humanos’ por ser moneda corriente en Hispanoamérica y ser la que se utiliza en los instrumentos normativos que aquí se estudian. Las dificultades teórico-conceptuales para reconocer la juridicidad de la categoría ‘derechos humanos’ nos hacen preferir, sin embargo, otras expresiones.

³⁷ Para un examen de esta evolución pueden verse Diego URIBE VARGAS, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Eds. de Cultura Hispánica, Madrid, 1972, p. 128 ss.; Pedro NIKKEN, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Civitas, Madrid, 1987, p. 157 ss. y 205 ss.; Héctor GROS ESPIELL, “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l’homme: analyse comparée”, RCADI n° 218 (1989-VI), p. 167 ss. (p. 216 ss.); Thomas BUERGENTHAL, Robert E. NORRIS y Dina SHELTON, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Civitas, Madrid, 1990, p. 31 ss.; últimamente, Héctor FIX-ZAMUDIO, “Notas sobre el sistema interamericano de Derechos Humanos”, en Domingo GARCÍA BELAÚNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson/Eds. Jurídicas/Edit. Jurídica Venezolana/Edit. Jurídica E. Esteve, Madrid, 1997, p. 163 ss. (p. 172 ss.).

cluso de que se aprobara la Declaración Universal de Derechos del Hombre (París, 10 de diciembre de 1948), se aprobará la Declaración Americana de Derechos Humanos. Este documento nace con varias carencias. En primer lugar, no prevé un mecanismo de garantías, a pesar de que en su proceso de elaboración hubo una propuesta para crear una Comisión Consultiva que formularía recomendaciones a los gobiernos y estudiaría fórmulas prácticas de control y vigilancia de los derechos de la Declaración. En segundo lugar, carecía inicialmente de valor jurídico vinculante (no es formalmente un tratado internacional), si bien por obra convencional y de la CIDH (en 1989) se le ha reconocido dicho carácter.³⁸ En 1959, cuando aún no estaba reconocido el efecto jurídico vinculante de la Declaración se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En su primer Estatuto, de 1960, consecuentemente, no cumplirá funciones de garantía de los derechos humanos internacionales, por la sencilla razón de que los mismos no tenían fuerza jurídica vinculante, sino sólo de promoción de tales derechos, entre las que se incluye la de “servir de Cuerpo consultivo de la Organización de los Estados Americanos en materia de derechos humanos” (art. 9.e). El Estatuto fue reformado en diversas ocasiones. En una de ellas (en 1965) se atribuyó a la Comisión competencia para conocer sobre comunicaciones individuales y realizar estudios de países y observaciones *in loco*. El 22 de noviembre de 1969 se aprueba el Pacto de San José de Costa Rica, es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que entró en vigor el 18 de julio de 1978), en la que se establece un catálogo de derechos jurídicamente vinculante (inspirado en la Declaración de 1948) y un sistema de garantías (inspirado en el sistema europeo, pero aprovechando la evolución de la Comisión creada en 1959). En este sistema se incluía una Comisión que, de alguna forma heredaba las funciones de la Comisión hasta entonces existente³⁹ y un Tribunal al que se le asignaban funciones similares a las de su homólogo europeo y una amplia competencia consultiva,⁴⁰ la más amplia que se conoce en el Derecho Internacional.⁴¹

2. En América se va a intentar seguir el modelo europeo de defensa de los derechos humanos. Pero este intento no va a producir el mismo resultado que en Europa porque los puntos de partida son distintos. El modelo europeo se articula en torno a dos elementos, uno sustantivo (una declaración de derechos que tiene fuerza jurídicamente vinculante por tener la forma de

38 OC 10/89 (nº 45, 47).

39 Arts. 34 ss. CADH. Estos preceptos han sido desarrollados por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (aprobado mediante la resolución nº 447, adoptada por la Asamblea General de la OEA, en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979) y por el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (aprobado por la Comisión en su 49º período de sesiones, en la sesión 660ª, celebrada el 8 de abril de 1980, y modificada en la 64º período de sesiones, en su sesión 840ª, celebrada el 7 de marzo de 1985, en su 70º período de sesiones, en su sesión 938ª, celebrada el 29 de junio de 1987 y en su 90º período de sesiones, en su sesión 1282ª, celebrada el 21 de septiembre de 1995).

40 Arts. 52 ss. CADH, desarrollados por el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (aprobado mediante resolución nº 448, adoptada por la Asamblea General de la OEA, en su noveno período de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979) y por el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (aprobado por la Corte en su XXIII período ordinario de sesiones celebrado del 9 al 18 de enero de 1991; reformado los días 25 de enero y 16 de julio de 1993).

41 GROS ESPIELL, “La Convention américaine...”, *cit.*, p. 348-349.

tratado internacional) y otro procedimental (una Comisión y un Tribunal encargados de vigilar el respeto por tales derechos) que presupone el anterior.⁴² El modelo americano, en un primer momento (hasta 1969), aparentemente se articulará de forma parecida pero, sin embargo, carecerá propiamente hablando del primer elemento (un ‘tratado’ jurídicamente vinculante de derechos humanos) que es presupuesto del segundo (que se asumirá de forma muy paulatina, pues inicialmente la Comisión creada, a falta de funciones de garantía, cumplirá funciones de promoción y consultivas). Por su parte, la Corte, junto a su competencia contenciosa, tendrá atribuida una competencia consultiva más inspirada en el modelo internacional de la CPIJ/CIJ que en el europeo del TEDH. Esta superposición de órganos fruto, a la vez, del aprovechamiento de la propia experiencia americana (caso de la Comisión) y de la asunción de otros modelos (caso de la Corte) llevará a una superposición de funciones de discutible racionalidad.

2. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

En este trabajo nos limitaremos a formular una serie de consideraciones sobre la función consultiva de la Comisión Interamericana obviando así otras cuestiones ya tratadas por la doctrina (naturaleza jurídica, organización, funciones en general, procedimiento). Su misión consultiva está definida en los arts. 41.e CADH y 18 del Estatuto de la Comisión. Sólo se encuentran legitimados para solicitar su dictamen los Estados miembros de la OEA, los cuales deben hacerlo por conducto de la Secretaría General de la OEA. El objeto de su dictamen es doble. El primero presenta, sin embargo, ciertos problemas, pues mientras el art. 41.e CADH dice que debe versar sobre ‘cuestiones relacionadas con los derechos humanos’, el art. 18 del Estatuto de la Comisión limita ese objeto a las ‘cuestiones relacionadas con los derechos humanos *en ese Estado*’ (cursiva nuestra). A nuestro entender, esta limitación se ha efectuado *ultra vires* y, en tal medida, debe considerarse inválida. El segundo de los objetos lo constituye el prestar a los Estados miembros de la OEA ‘el asesoramiento que le soliciten’, eso sí, ‘dentro de sus posibilidades’. No deja de ser sorprendente que en el Reglamento de la Comisión haya una ausencia absoluta de referencias a la competencia consultiva de la Comisión. Y ello quizá se deba a la falta de ejercicio de esta competencia. En los informes de la Comisión se refieren los casos de denuncias estudiados, pero no hay alusión a dictámenes consultivos. Esta llamativa ausencia de pronunciamientos consultivos debiera hacernos reflexionar.

3. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

1. La competencia consultiva de la CIDH se halla prevista en el art. 64 CADH y está desarrollada en los arts. 51 y siguientes del Reglamento de la Corte. La legitimación para instar de la CIDH la emisión de una opinión consultiva es muy amplia y ésta es una de las claves del relativo éxito de esta figura, pero también de sus riesgos potenciales. Los legitimados son de dos

⁴² Esta realidad dual es el presupuesto lógico de la construcción científica que preconiza FIX-ZAMUDIO para el estudio de los derechos humanos el cual debiera dividirse en un Derecho sustantivo internacional de los derechos humanos y un Derecho procesal internacional de los derechos humanos (últimamente, en FIX-ZAMUDIO, “Notas...”, *cit.*, p. 168).

tipos: de una parte, los Estados miembros de la OEA, de otra parte, los órganos de la OEA en la medida en que la consulta les competa. Por lo que respecta a los primeros, la atribución a los Estados de la facultad de instar el procedimiento consultivo constituye una innovación respecto al sistema de la CPIJ/CIJ que presenta el riesgo de que una disputa cuya remisión a la CIDH por vía contenciosa no ha sido aceptada por alguno de los Estados implicados pueda ser considerada por esta Corte en vía consultiva si uno de esos Estados (sin necesidad de contar con el consentimiento de otro) formula la pertinente solicitud.⁴³ Por lo que respecta a los órganos de la OEA, según el actual art. 52 de la Carta son: la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos de la OEA, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados de la Organización. La posibilidad de que la Comisión solicite dictámenes de la CIDH también presenta algún problema, en concreto, que la Comisión pueda solicitar un pronunciamiento por vía consultiva de la CIDH respecto a una denuncia, planteada en ‘primera instancia’ ante dicha Comisión y que no ha podido ser remitida por vía contenciosa a la CIDH por no haber reconocido esta vía el Estado afectado.⁴⁴ En la práctica, de las 14 opiniones consultivas emitidas por la CIDH, nueve lo han sido a petición de algún Estado miembro y cinco a petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (las OC 2/82, 3/83, 8/87, 11/90 Y 14/94). De entre todos los órganos de la OEA legitimados sólo la Comisión, por tanto, ha hecho uso de esta facultad. Como veremos después, puede ser provechoso el análisis del objeto de las consultas y de qué Estados las han formulado.

2. El objeto de las consultas puede ser variado. Hay dos objetos principales que tienen un distinto régimen jurídico. El primero es contemplado en el art. 64.1 CADH, en cuya virtud puede consultarse a la Corte acerca de la interpretación de la CADH o de ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos de los Estados Americanos’. Este tipo de consultas puede ser instado tanto por los Estados miembros de la Organización cuanto por los órganos de la OEA. Se suscitó, en su momento, la duda de qué alcance tenía la referencia a esos ‘otros tratados’ sobre protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En la primera opinión consultiva de la CIDH (la OC 1/82, instada por Perú), la Corte estableció por unanimidad una interpretación amplia de esta cláusula, de suerte que cae bajo la competencia consultiva de la CIDH ‘toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes de los mismos Estados ajenos al sistema interamericano’.⁴⁵ Han tenido por objeto la interpretación de la CADH diversas opiniones consultivas. Todas (con un matiz que luego se verá) han versa-

43 Thomas BUERGENTHAL, “The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights”, en T. BUERGENTHAL (ed.), *Contemporary issues in International Law*, Engel, Kehl/Estrasburgo/Arlington, 1984, p. 127 ss. (p. 135).

44 BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 135-138.

45 En la doctrina, puede verse a este respecto, Héctor GROS ESPIELL, “Sobre la interpretación de las palabras ‘o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos’ en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Estudios sobre derechos humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Civitas, Madrid, 1988, p. 225 ss.

do sobre la interpretación de la CADH sin que se haya dado el caso de interpretar ‘otro tratado’. De entre estas opiniones algunas han sido solicitadas por la Comisión (las OC 2/82, 3/83, 8/87, 11/90 y 14/94), y otras por Estados miembros como Perú (OC 1/82), Uruguay (OC 6/86, 9/87, 13/93 -esta última formulada conjuntamente con Argentina-), Costa Rica (OC 5/85 -parcialmente- y 7/86) y Colombia (OC 10/89). Decíamos que cabía un matiz pues en nuestra anterior afirmación de que todas las consultas habían versado sobre la CADH porque en la OC 10/89 el tema debatido es si la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que no es un tratado, puede caer bajo la competencia consultiva de la CIDH al amparo del art. 64.1 CADH. La cuestión se resolvió favorablemente.⁴⁶ En esta OC 10/89 se ofrece una solución que se emparenta con la instituida por el Tribunal Constitucional Español en relación con el art. 10.2 de la Constitución Española.⁴⁷ Si en España el conjunto normativo Constitución-/Tratados sobre derechos fundamentales puede considerarse como un ‘bloque de la constitucionalidad’, aquí podríamos denominar ‘bloque de la convencionalidad’ al conjunto CADH/‘otros tratados’ sobre derechos humanos/Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

El segundo objeto de la competencia consultiva de la CIDH resulta, a nuestro modesto entender, de extraordinario interés. De acuerdo con el art. 64.2 CADH, la ‘Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales’, es decir, la Convención y esos ‘otros tratados’. Se instituye así de forma expresa un sistema de enjuiciamiento de la ‘convencionalidad’ de las disposiciones internas. Aunque el Convenio hable de ‘leyes internas’ esta expresión ha sido interpretada por la CIDH en sentido amplio, pues la Corte no sólo ha juzgado la compatibilidad con el ‘bloque de la convencionalidad’ americana de derechos humanos de leyes *stricto sensu* (OC 5/85, parcialmente), sino también de proyectos de ley ordinaria (OC 12/91) e incluso de proyectos de reforma constitucional (OC 4/84).⁴⁸ De esta suerte nos encontramos con que esta competencia consultiva de la CIDH contemplada en el art. 64.2 CADH puede aparecer como crisálida de una futura jurisdicción supra-constitucional. Si examinamos el origen de esas tres consultas veremos que todas provienen del mismo Estado, Costa Rica, y que de las tres, dos tienen carácter preventivo. El hecho de que el ordenamiento interno costarricense contemple fórmulas de consulta (técnicamente entendida, esto es, no

⁴⁶ La CIDH en tal asunto decidió por unanimidad, en primer lugar, que era competente para rendir la presente opinión consultiva y ‘que el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA o, en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos’.

⁴⁷ Sobre ello, Carlos RUIZ MIGUEL, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994, p. 17 ss. (con indicación de la bibliografía y de la jurisprudencia constitucionales españolas en este asunto).

⁴⁸ La CIDH ha afirmado que “siempre que un convenio internacional se refiera a ‘leyes internas’ sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones constitucionales” (OC 4/84, n° 14).

vinculante) y de control previo de la constitucionalidad y la consiguiente familiaridad con esas técnicas internas de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes muy posiblemente ha facilitado la utilización de la consulta prevista en el art. 64.2 CADH.

3. El procedimiento que debe seguirse en la evacuación de estas consultas aparece referido en los arts. 51 y siguientes del Reglamento de la Corte y comienza de dos modos distintos según el objeto de la consulta. Después de la fase inicial estos procedimientos ora confluyen ora se bifurcan en función de esa diversidad de objeto. El primer modo de iniciar el procedimiento es el relativo a las solicitudes de opinión consultiva sobre interpretación de la CADH o de 'otros tratados' sobre derechos humanos (art. 64.1 CADH). En este caso, se deben formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende la opinión de la Corte y deberán indicar, además, las disposiciones que deban ser interpretadas, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del representante de la Comisión o de los Estados. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además, de qué manera la consulta se refiere a su esfera de competencia (arts. 51 y 52 del Reglamento). El segundo modo de iniciarlo lo constituyen las solicitudes de opinión consultiva que tienen por objeto el enjuiciamiento de la 'convencionalidad' de las disposiciones internas de un Estado (art. 64.2 CADH). En este supuesto, la solicitud deberá señalar las disposiciones de derecho interno así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta; las preguntas específicas sobre las cuales se pretende la opinión de la Corte; y el nombre y la dirección del representante del solicitante, acompañando copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta (art. 53 del Reglamento). Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, para cualquiera de ambos objetos, el Secretario de la Corte transmitirá copia a todos los Estados miembros de la OEA, a la Comisión, al Secretario General de la OEA y a los órganos de ésta a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso. El Presidente fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas y podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta (*amicus curiae*);⁴⁹ si la solicitud es de enjuiciamiento de la 'convencionalidad' del Derecho interno, la participación de los *amici curiae* sólo se podrá hacer previa consulta con el agente representante del Estado que insta la consulta. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en el Presidente; en el caso del enjuiciamiento de la 'convencionalidad' del Derecho interno se hará previa consulta con el agente representante del Estado (art. 54 del Reglamento). Es importante advertir que, a semejanza de lo que ocurre con la CIJ, aquí se dispone la posibilidad de que la CIDH aplique análogamente las disposiciones del procedimiento contencioso 'en la medida en que las juzgue compatibles' (art. 55 del Reglamento). Concluido este procedimiento se adoptará el dictamen siguiendo reglas muy próximas a las que rigen la emisión de las sentencias cabiendo la posibilidad de emitir votos particulares al dictamen, si bien los mismos deben ser conocidos por la Corte antes de la publicación del dictamen (art. 56 del Reglamento).

49 Sobre ello, véase, BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 142-144.

IV. REFLEXIONES FINALES. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo anterior debemos concluir, en primer lugar, que la función consultiva tiene ciertas similitudes con la actividad jurisdiccional por lo que no es casual que haya habido intentos de atribuir competencias consultivas a ciertos órganos jurisdiccionales. En materia de relaciones internacionales y, en el caso hispanoamericano en particular, los procedimientos consultivos constituyen una alternativa aceptable a la jurisdicción cuando existe una desconfianza hacia el sometimiento de controversias a organismos internacionales.⁵⁰ En segundo lugar, se advierte una tendencia a acentuar aún más esa cercanía entre consulta y jurisdicción ‘jurisdiccionalizando’ los procedimientos consultivos. En tercer lugar, la consulta parece en principio más idónea para contestar cuestiones abstractas que concretas y, por eso mismo, también más adecuada para resolver dudas preventivamente que *a posteriori*.

Habida cuenta de todo esto podemos considerar la respuesta a algunos de los interrogantes que nos hemos planteado. En primer lugar, resulta perfectamente explicable la inactividad consultiva del TEDH porque la regulación de la misma establece numerosos obstáculos a esta función; pero además, aunque no existieran tales obstáculos, a través de su jurisprudencia ha mutado el sentido del CEDH para permitir lo que no parecía posible en principio, el enjuiciamiento abstracto de la convencionalidad de las normas internas de los Estados europeos parte en ese Convenio a partir de demandas de particulares. De esta forma resulta superfluo el recurso a la técnica consultiva para obtener juicios abstractos de ‘convencionalidad’ de las normas internas. En segundo lugar, se advierte una superposición disfuncional de competencias consultivas en el sistema interamericano de derechos humanos, si bien el propio funcionamiento del sistema revela que la única estructura eficaz en esta materia la constituye la CIDH, siendo ociosa la existencia de otros mecanismos consultivos que, por economía jurídica, debieran ser eliminados. En tercer lugar, resulta llamativo que en el sistema americano las únicas solicitudes de opiniones consultivas sobre la ‘convencionalidad’ del Derecho interno hayan partido de Costa Rica. Este hecho encuentra dos explicaciones. De una parte, el comportamiento político, la cultura política, de Costa Rica puede ser caracterizado como abierto; una manifestación jurídica de ello la encontramos en la jurisprudencia constitucional ‘americanista’ de Costa Rica.⁵¹ De otra, desde el punto de vista institucional, la introducción de técnicas consultivas y de procedimientos de control preventivo de la constitucionalidad en el Derecho interno sin duda han constituido un precedente para asimilar y desarrollar la potencialidad de las consultas sobre ‘convencionalidad’ del Derecho interno del sistema americano.

La competencia consultiva de la CIDH en el sistema americano ha constituido hasta ahora un elemento esencial y determinante en la acción de la Corte y le ha permitido desde el inicio de sus actividades asegurar su jerarquía institucional, su independencia y su prestigio.⁵²

50 FIX-ZAMUDIO, “Notas...”, *cit.*, p. 189.

51 En la sentencia n° 2313, de 9 de mayo de 1995, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se consideró ‘obligatorio’ para el Gobierno costarricense el criterio sentado en una opinión consultiva de la CIDH (la OC 5/85). Así lo refiere FIX-ZAMUDIO, “Notas...”, *cit.*, p. 192.

52 Héctor GROS ESPIELL, “La Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l’homme”, en VV.AA., *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant/LGDJ, Bruselas/París, 1995, p. 233 ss. (p.

¿Qué puede esperarse en el futuro de la misma? Buergenthal opina que esta competencia consultiva tiene un potencial desenvolvimiento jurisdiccional.⁵³ Varias circunstancias podrían constituir la base para formular un pronóstico. Por una parte, la consolidación de regímenes políticos democráticos en Hispanoamérica; por otra, la progresiva implantación de sistemas de control de la constitucionalidad abstracta de las normas (aunque sea en combinación con los sistemas de control concreto). La confirmación de estas tendencias puede constituir el abono jurídico-conceptual para un empleo más frecuente de la competencia consultiva de la CIDH para resolver de la 'convencionalidad' del Derecho interno. Ello supondría dar un paso importantísimo en el proceso ciertamente lento de la integración americana.

240).

LOS “DERECHOS INHERENTES” EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

Luis Carlos SÁCHICA Aponte^(*)

I. LA COLOMBIANA, UNA CONSTITUCIÓN HUMANÍSTICA

Es abundante y prolija la regulación de los derechos y sus garantías en la Constitución colombiana de 1.991. Su Título II está dedicado a esa materia, desarrollada en cuatro capítulos que tratan de los derechos fundamentales, los derechos sociales, económicos y culturales, los derechos colectivos y del ambiente y de la protección y la aplicación de los derechos.

Son ochenta y cuatro detallados artículos, en cuyas disposiciones se intentó agotar asunto de tanta importancia -la Asamblea Constituyente declaró que estaba formulando una “Carta de Derechos”- recogiendo en su texto las más avanzadas tendencias. En la pretensión de abarcar los derechos de las tres generaciones. Desde luego, sin perder el hilo de una valiosa tradición nacional que contaba con ricos enunciados jurisprudenciales emitidos por la Corte Suprema de Justicia, tribunal que venía ejerciendo el control de constitucionalidad por la vía de una acción popular, desde 1.910.

A partir de 1.991, la Corte Constitucional de otra parte, ha hecho pronunciamientos de franca apertura hacia un derecho nuevo -no hacia “el nuevo derecho”- especialmente en el campo de los derechos humanos, tanto cuando decide sobre validez constitucional de las leyes, como cuando revisa las acciones de tutela interpuestas en defensa de los derechos constitucionales fundamentales -que básicamente, son los de alcance individual- frente a las autoridades o los particulares.

Además, el estatuto constitucional incorporó nuevos procedimientos judiciales para reforzar su efectividad, tales como las acciones de cumplimiento, las acciones populares, la de tutela y el novedoso *habeas data*.

^(*) Profesor de Derecho Constitucional. Ex Magistrado y ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de Colombia y del Tribunal de Justicia del Pacto Andino.

Es evidente, entonces, que el régimen constitucional colombiano viene centrándose en la preocupación por la efectividad de los derechos humanos -siguiendo la corriente garantista- en el entendimiento de que son los medios para promover su propósito cardinal de preservar la dignidad del hombre, paralela al imperativo político de esforzarse por establecer un orden social justo.

En ese contexto, y para los efectos de este estudio, resaltan como normas constitucionales claves:

- a) La del artículo 16, que reconoce a todas las personas el derecho al libre desarrollo de su personalidad y que ha dado ocasión a resonantes polémicas por sentencias en que la Corte Constitucional ha desplegado atrevidas implicaciones de tal precepto, campo conexo directamente con el de los derechos inherentes;
- b) La del artículo 85, en el que se declara que los derechos constitucionales fundamentales son de aplicación inmediata, para impedir que su reconocimiento y ejercicio se consideren condicionados a la expedición de leyes o reglamentos, lo cual aplazaría o burlaría su realización;
- c) Las de los artículos 12 y 14, el primero de los cuales prohíbe los tratados crueles y denigrantes y, el otro, que otorga el derecho universal a la personalidad jurídica, como proyección natural de la actividad de cualquier hombre;
- d) La del artículo 93, que otorga prevalencia en el orden jurídico interno a los tratados internacionales sobre derechos humanos y que obliga a interpretar a las normas nacionales de conformidad con tales tratados;
- e) La del artículo 214, numeral 2, que prohíbe suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales bajo los estados de excepción y ordena respetar las reglas del derecho internacional humanitario;
- f) Las de los artículos 7 y 13, en razón de que el primero registra el carácter pluriétnico y pluricultural de nuestro pueblo -situación en donde fácilmente hay que hacerse cuestión de algunos derechos inherentes, y el segundo porque, al prohibir toda discriminación y ordenar del Estado la promoción de las reales condiciones de igual efectiva y material entre todos los sectores sociales e individuos, parece responder bien a las situaciones injustificadas que pueden proponer casos de evidentes derechos todavía no reconocidos;
- g) El artículo 23 que faculta a los gobernados para presentar peticiones en interés individual o colectivo, campo de la autoridad discrecional del poder político en que los derechos inherentes afloran de suyo, en cada petición;
- h) La del artículo 94 -objeto de este trabajo- que tiene impredecibles desarrollos progresistas por el contenido implícito en el amplio espectro de su formulación, así: "*Artículo 94-*

La enunciación de los derechos y las garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

Expresión incitante que denuncia el anhelo de comprender todas las posibilidades de que el hombre despliegue a plenitud todas las dimensiones de su condición, dentro de la aspiración humanística que asumió las tareas de la Constituyente en su empresa política de dar otra atmósfera al régimen, que antes gravitaba en torno al orden público y la autoridad.

Para que un tema de tanto incentivo intelectual se vaya abriendo, se harán algunas consideraciones introductorias elementales, que deberán después ser profundizadas y referidas por quienes han hecho de los derechos humanos una especialidad jurídica.

II. LOS DERECHOS HUMANOS "INHERENTES" A LA PERSONA

1. El artículo 94

A pesar de su redacción, que hubiera debido ser frontalmente positiva, su sentido es nítido y rotundo:

- i. El silencio normativo, la falta de disposiciones expresas, no significa que el orden constitucional colombiano excluya los derechos inherentes a la persona humana.
- ii. Por tanto, y ésta la conclusión ineludible, tales derechos se pueden ejercer, invocar o reclamar en la coyuntura propicia, debiendo ser reconocidos y respetados por las autoridades correspondientes, según el ámbito de su ejercicio y su objeto, así como por los particulares, en las mismas circunstancias.
- iii. Ese reconocimiento puede ser hecho por la instancia estatal que corresponda, de oficio o a petición de los interesados.
- iv. El ejercicio de derechos inherentes no requiere el reconocimiento formal previo y explícito, pues, entonces se tornarían en simples acciones o iniciativas para obtener su reconocimiento e ingresar al ordenamiento jurídico positivo.
- v. Con ocasión de su ejercicio o invocación las autoridades pueden formular decisiones que los hagan viables en forma inmediata y actual.

Por estos enunciados ya se advierte que éste no es un tema pacífico y que su introducción a la realidad jurídica en busca de validez y vigencia efectiva requerirá un largo y accidentado recorrido doctrinario y jurisprudencial que, entre nosotros, apenas se inicia y del que desconozco antecedentes en el derecho comparado, que seguramente deben existir.

2. *El concepto de derecho inherente*

Fijar o, mejor inventar o construir, el concepto de derecho inherente, es el ejercicio que debe asumir, paralelamente a los jueces, el jurista, el litigante y la academia, porque este tema es cada día una nueva frontera otro horizonte, para el avance de los saberes jurídicos.

Anticipemos algunas anotaciones útiles:

- a) El concepto de derechos inherentes a la persona humana radica su fuente, desde su misma denominación, fuera del derecho positivo del Estado;
- b) Se trata, entonces, de derechos no formulados ni regulados en la ley, surgidos desde la propia condición del hombre -persona y en razón de esa sola condición, independientemente de todo ordenamiento jurídico-;
- c) Por tanto, su origen es la actividad humana no regulada jurídicamente, vale decir, la que el hombre cumple en el orden natural de las cosas, sin referencia al Estado y su derecho, pero que fatalmente tiene incidencia e implicaciones jurídicas;
- d) Son derechos que deben ser descubiertos, por así decirlo, o que afloran en las relaciones humanas interpersonales y cobran relevancia jurídica, en tanto generadoras de deberes y obligaciones originariamente extrajurídicos;
- e) Su titular es la persona humana, lo que haría pensar que están referidos al campo de los derechos individuales, interpretación que resulta corta, en vista de que aquella desenvuelve su actividad no sólo en el plano de lo subjetivo sino que necesita de su acción conjunta en grupos y comunidades en los que encuentra los bienes y servicios requeridos para la plena expansión de su personalidad, por lo que no sería descaminado sostener que existen derechos colectivos inherentes, cuando deban reconocerse para apuntar las individuales existentes;
- f) El contenido de esta clase de derechos abarca todos los aspectos de la actividad humana o sea, que lo mismo puedan referirse a la integridad y funcionamiento del organismo humano -su biología- como su actividad productiva, su acción libre o política y su vida contemplativa, su vida interior, siguiendo la descriptiva clasificación de Hans Arendt;
- g) Seguramente, será en las áreas de desarrollo de la ciencia y la tecnología, los no regulados o menos regulados jurídicamente hasta ahora, donde florecerán los derechos inherentes -piénsese en las implicaciones de la biogenética, para poner un ejemplo, que ya empieza a plantear cuestiones de esta naturaleza- sin perjuicio de que la informática llevada a su avasalladora expansión presente sea otro campo en que tengan que invocarse derechos no formulados, y de que aun en el viejo campo de la política la masificación

igualitaria haya de alegarse, porque revivir la cuestión, del derecho a la diferencia individual o colectiva, o proclamarse el derecho al buen gobierno, que debiera ser el primero de los derechos políticos que requiere explicitación jurídica, o erigir el derecho a la séptima defensa colectiva;

- h) Los derechos inherentes no son derechos implícitos en otros derechos, reconocidos ya. No se deducen, desprenden o desglosan, como aspectos nuevos de viejos derechos, por la vía de una interpretación extensiva o analógica. Deben, pues, referirse a situaciones completamente inéditas, no previstas en la ley, puesto que, hasta ahora, apenas pre-existen inscritos en la naturaleza del hombre;
- i) Quizás un prejuicio ideológico, de escuela, haya evitado la referencia -que era obligada- al clásico concepto de derecho natural o de derechos innatos, que habría encontrado un campo abonado en la extensa doctrina expuesta por los más altos teóricos del derecho y su filosofía desde hace mucho tiempo. Porque lo inherente no puede ser otra cosa que lo que pertenece a la naturaleza del hombre persona, es decir, el individuo en relación, en comunidad política y civil, cumpliendo un rol social que lo identifica y lo adscribe a un contexto jurídico determinado, y
- j) No hay duda que la "*inherencia*" de un derecho humano encontrará en la audacia y activismo de los jueces el instrumento de su surgimiento eficaz a la vida jurídica institucionalizada, sin descartar lo que puedan crear, con imaginación, las demás instancias de poder.

III. LA JURISPRUDENCIA Y LOS DERECHOS INHERENTES

Frente al artículo 94 de la Constitución los jueces colombianos han de estar alerta, como lo deben estar los funcionarios administrativos y las instancias políticas, en estas distintas posiciones;

- a) Los órganos estatales, con capacidad normativa en materia de derechos deben anticiparse a los planteamientos *de facto* de los derechos inherentes, adoptando regulaciones dirigidas a su recepción gradual en el derecho positivo;
- b) Las autoridades administrativas deben estar atentas al ejercicio individual o colectivo del derecho de petición para, en ejercicio de las facultades discrecionales de que en el marco de ese derecho gozan, resolver favorablemente aquellas solicitudes que se fundan en necesidades evidentes, en situaciones remediables con medidas administrativas acordes con la situación planteada, y
- c) Y, aquí está la arista con mayores posibilidades, los jueces en sus providencias bien pueden, creo yo, al decidir controversias que versan sobre derechos formalmente estableci-

dos, respaldándose en la norma constitucional citada, amparar situaciones que, ignoradas o resueltas adversamente, conduzcan a fallos notoriamente injustos porque van en detrimento de la persona y de su dignidad.

Yo sé que estoy esbozando una tesis cuestionable, desde el punto de vista de la jurisdicción y la competencia de tribunales y jueces, de la fuerza secundaria o derivada que en sus decisiones tiene entre nosotros la jurisprudencia y de los deberes que señalan su estatuto funcional, disciplinario y penal.

Pero, si el artículo 94 no da para tanto, es pura retórica. A menos que aceptemos, y ésta es la última afirmación que hago en esta aproximación al tema, que ese artículo quiere decir, y entramos en otro campo minado, que el ejercicio de los derechos inherentes es un ejercicio de tacto, anormado, sin referencia alguna al orden jurídico, pues pertenece a otro sistema de comportamientos en que dominan valores y principios que no son los mismos que inspiran el orden jurídico positivo. Pues, los derechos inherentes sólo tienen sentido, por paradoja, con referencia al orden político - jurídico que los ignora.

Y, entonces, ¿el Estado de derecho y el principio de legalidad, qué?, dirán los puristas. Olvidando que el artículo 94 es parte del ordenamiento jurídico, aunque sin contenido previo que se abre a todas las posibilidades.

¿Acaso nos podemos regir simultáneamente por dos ordenamientos -el de los derechos explícitos y el de los inherentes- tangenciales, complementarios, autónomos?, dirán los lógicos, que no reparan en que ningún orden jurídico es completo y, por eso, debe remitirse a otros sistemas normativos.

¿Será que únicamente la Corte Constitucional puede fijar su alcance que sólo su jurisprudencia puede reconocer derechos inherentes? Restricción que recortaría posibilidades de apertura pero que daría solidez a sus desarrollos.

Abramos la discusión, porque el punto permitirá desarrollos futuros de nuestro Derecho de los Derechos Humanos en un abanico inagotable de soluciones para las situaciones aún no incorporadas a las regulaciones de esa materia.

IV. UNA CONCLUSIÓN PARA DISCUTIR

Después de este somero análisis, me parece que se puede concluir con estas afirmaciones;

PRIMERA. Los derechos humanos inherentes, en el marco del artículo 94 de la Constitución Colombiana, no generan recursos ni acciones que puedan concretarse en exigibilidades, prestaciones o contraprestaciones -obligaciones, en general- porque carecen del respaldo vinculante o imperativo de las normas legales, en tanto el artículo 94 no tiene contenido previo;

- SEGUNDA. Creo que estos derechos, tan especiales, otorgan, en las situaciones en que puedan invocarse, la posibilidad, fundada en consideraciones de equidad, moralidad, dignidad, esto es, en razones extra o antijurídicas, así como a la oportunidad de resistir o rechazar -o sea, oponibilidades- acciones contrarias a las citadas principios y valores, postura que no debe confundirse con la de la desobediencia civil, que se deriva de otros razonamientos;
- TERCERA. Lo que está implicado en una controversia sobre derechos inherentes es algo de la esencia de la persona, que es, por tanto, una cuestión atañedora a su condición de tal, a su libertad moral o política, a la integridad de su personalidad individual y social, en aspectos o situaciones no previstos en la ley;
- CUARTA. Al concepto de "obligaciones naturales" del derecho civil, en el Código de Don Andrés Bello para Chile, adoptado en Colombia, corresponde -¿por qué no?- el de "derechos naturales", en busca de un soporte ético para exigibilidades sin amparo jurídico;
- QUINTA. El mal, la dominación y la explotación perversas, están implícitas en todas las relaciones interpersonales. Es hacia los intersticios de esas relaciones, que la ley todavía no ha captado, a lo que se dirige el concepto de "derechos inherentes", cuando quiera que deba preservarse la dignidad humana. Se trata de algo así como de un espacio para o metajurídico, enraizado en las tradiciones culturales de Occidente, en busca de la erradicación de todo lo que disminuya al hombre sus posibilidades de realización propia;
- SEXTA. Hay que anotar que, seguramente, estos derechos, todavía sin reconocimiento legal, lo irán obteniendo, a medida que se creen antecedentes favorables en que la autoridad ceda, la ley se cambie, el juez comprenda;
- SÉPTIMA. No es posible hacer un catálogo de derechos no reconocidos. Su número es incontable y en cada ordenamiento jurídico los casos serán diferentes. Pero, hay que admitir que ninguno de estos ordenamientos es completo y autosuficiente, y que, en materia de derechos, los derechos inherentes puedan representar una nueva y rica fuente complementaria del derecho positivo;
- OCTAVA. En principio, los derechos inherentes no plantean conflicto alguno con el orden jurídico vigente, porque nacen y se afirman en áreas del comportamiento social no legislados. Pero, en caso de pugna con sus normas, el conflicto debe resolverse en favor de éstos ya que en ningún caso puede aceptarse que puedan existir derechos *contra legem*.

De ahí que, para terminar, me atreva a pensar que, en el caso de Colombia, hay que entender que, cuando el artículo 230 de su Constitución declara que "Los jueces, en sus providen-

cias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, y agrega que “la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, debe entenderse que los jueces, también, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 94, han de abrir paso a las situaciones de que surjan derechos inherentes para darles efectos jurídicos. Se trata de derechos latentes, potenciales, subyacentes al orden jurídico positivo, que en cualquier momento actualizan su virtualidad para que el hombre sea plenamente hombre.

La de los derechos inherentes será, en el caso colombiano, la vía para la intensificación de la política humanitaria, ahondando en el contenido de justicia que debe tener toda propuesta jurídica, en un pueblo pobre y atrasado. Es esa justicia pendiente, la justicia que hay que hacer, la idea que ofrece las mejores perspectivas a los derechos inherentes. Porque esa justicia por hacer lo que falta al orden jurídico vigente -que es la justicia ya hecha, la que ya la ley reconoció como de derecho- la que redondea el concepto de orden jurídico al calificarlo de orden jurídico justo o Estado de Derecho y Justicia, que es el horizonte hacia donde debe orientarse la fuerza ordenadora de la convivencia social.

PROBLEMAS DE ABSORCIÓN DE CAUSAS POR EL ÓRGANO SUPREMO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Néstor Pedro Sagüés(*)

A Héctor Fix-Zamudio, con afecto y respeto

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Variables institucionales. 3. La variable federal/unitaria. 4. Otras variables. 5. Los responsables. 6. Soluciones. “Solución” de la no solución. 7. Soluciones aperturistas. 8. Soluciones reduccionistas. 9. Evaluación y conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El control de constitucionalidad tiene cuatro preguntas fundamentales.¹ La primera, *¿Quién controla?* alude al sujeto que practica ese control. Entran aquí temas como el sistema norteamericano o difuso y el austríaco o concentrado, sin perjuicio de otras variables como la revisión constitucional por órganos parlamentarios (el viejo régimen soviético, v. gr.), por el electorado, e incluso por órganos de la jurisdicción supranacional.

La segunda cuestión trata de *cómo* se controla, y refiere a temas de procedimiento concernientes, por ejemplo, al control preventivo o reparador, por acción o excepción, de oficio o a petición de parte, por cualquier afectado, mediante acción popular o solamente por un número limitado de promotores, etc.

(*) Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina.

¹ Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 3a. ed. (Buenos Aires, 1992), ed. Astrea, t. 1 pág. 40 y sigts.

El tercer interrogante refiere a *qué* se controla. Interesa en este tramo aclarar los aspectos de la vida jurídico-política que están exentos del control de constitucionalidad (las cuestiones políticas no justiciables, las leyes secretas, v. gr.), y si todos los actos y omisiones, o solamente algunos de ellos, son captados por el sistema de control.

El cuarto punto estudia los *resultados* del control. Vale decir, a sus efectos (decisorios y no decisorios, para el caso concreto o *erga omnes*, expansivos o no expansivos, retroactivos o no).

Pero detrás de estas preocupaciones existe otra, de tipo eminentemente práctico, aunque por cierto muy significativa en orden a averiguar la eficacia de un sistema concreto. Estamos haciendo referencia a la *capacidad de absorción* de causas por parte del órgano máximo que desempeña la magistratura constitucional, algo conectado con *cuánto* él controla. En particular, cabe detenerse en los casos de un Tribunal Constitucional, o de una Sala Constitucional insertada en una Corte Suprema, o de una Corte Suprema que cumpla roles de control de constitucionalidad.

El objeto de este estudio consiste en tratar primero las distintas variables institucionales de tribunales constitucionales supremos que pueden encontrarse en la experiencia jurídica, determinar los condicionamientos más importantes que limitan su capacidad de atención y decisión de causas, averiguar cuáles son los principales responsables de una situación, e insinuar algunas soluciones -desde luego muy opinables- para resolverla. También resultará conveniente detenerse en la factibilidad de tales propuestas.

2. VARIABLES INSTITUCIONALES

Generalmente, en un país con control jurisdiccional de constitucionalidad, se dan tres posibilidades de tipo estructural en cuanto el máximo órgano con funciones de control constitucional.

a) Una es situar dicho control en la misma Corte Suprema que debe operar como máximo tribunal del país en todas las áreas del derecho. En tal hipótesis el trabajo “constitucional” de la Corte (que le llega, por lo común, mediante apelaciones), debe ser compartido con su trabajo “subconstitucional” (habitualmente, temas de casación en derecho civil, comercial, penal, laboral, etc.), algunos otros asuntos que posea esa Corte en instancia originaria y exclusiva, y la tarea de superintendencia que tenga sobre ella misma y sobre los demás tribunales subordinados.

Es de suponer que en ese contexto una Corte Suprema “de ramos generales” estará -casi siempre- bastante congestionada, y que difícilmente podrá cumplir de modo adecuado con su función de guardián supremo de la constitución, salvo que adopte medidas muy contundentes para ejecutar tal misión.

El conflicto puede agravarse si según el régimen constitucional de un Estado, la Corte Suprema de “ramos generales” tiende a concentrar en sí misma el control de constitucionalidad (al estilo uruguayo, v. gr.), con lo que desaparecen los “filtros” o “diques” que pueden significar tribunales de primera o de segunda instancia en la dilucidación de los procesos constitucionales.

b) La segunda es erigir un tribunal constitucional especializado, ceñido a ejecutar papeles “constitucionales”, y no “subconstitucionales”.

En principio, esa especialización descongestiona el trabajo del referido órgano, ya que limitará su conocimiento a tales asuntos, y en virtud de la especialización de sus jueces, los podrá despachar con mayor solvencia y rapidez.

Sin embargo, esta previsión no es absoluta: si ese tribunal constitucional atiende en primera y única instancia expedientes que en otros países son inicialmente derivados a tribunales inferiores (v. gr., acciones de hábeas corpus y de amparo), lo que ganó por vía de especialización lo pierde por la absorción de causas en primera instancia.

Además, al concentrar el conocimiento de *todos* los planteos de inconstitucionalidad, eso significa que atenderá en primera instancia *íntegramente* a ellos, mientras que en el sistema anterior la Corte Suprema “de ramos generales” sólo conocía (generalmente), por vía de apelación, con lo que numerosos planteos de inconstitucionalidad podían quedar terminados en tribunales inferiores a la Corte Suprema, y nunca arribar a los estrados de ésta.

A lo anterior se suma que si un país cuenta con un régimen generoso de legitimación activa en materia de control de constitucionalidad, por ejemplo a través de acciones populares, esa ampliación en la base de la legitimación puede significar un acrecentamiento del índice de litigiosidad y un correlativo aumento del trabajo de la Corte Constitucional.

A lo expuesto se añade también que si en ese país el sistema de control de constitucionalidad abarca la impugnación por inconstitucionalidad de cualquier norma (leyes, decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales, leyes provinciales, ordenanzas municipales, etc.), las posibilidades de incremento de tareas de la corte constitucional se multiplican en mucho.

En resumen, aunque por distintos conductos, también un tribunal constitucional especializado puede afrontar el problema de su congestión.

c) El tercer supuesto es crear en una Corte Suprema “clásica”, de “ramos generales”, una sala especializada en lo constitucional (Costa Rica, El Salvador, Paraguay). Con distintos contornos, esa Sala constitucional equivale *-mutatis mutandi-* a un tribunal constitucional especializado, y por ende, le son aplicables la mayor parte de las consideraciones que hemos vertido sobre el mismo.

3. LA VARIABLE FEDERAL/UNITARIA

Dentro de las variantes institucionales cabe detenerse en la conformación unitaria o federal de un Estado.

Cuando una nación adopta un sistema unitario, el tribunal constitucional supremo -o quien haga sus veces- se convierte en el cuello de botella para decidir los casos de constitucionalidad. Si el Estado, en cambio, adopta la forma federal, la misma tarea del tribunal supremo en lo constitucional tiene un importante “muro de contención” debido a la existencia de cortes o tribunales constitucionales en cada uno de los Estados miembros de la federación. Esas cortes o tribunales no significan -necesariamente- que un caso no pueda llegar al tribunal o corte constitucional federal; pero de hecho, sea por cansancio o impericia de los litigantes, o por otras razones, lo cierto es que muchos pleitos concluyen en los máximos tribunales estatales o provinciales, y no alcanzan los estrados de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional federal.

4. OTRAS VARIABLES

Aparte de lo puntualizado, hay múltiples factores que condicionan (en el sentido que *aumentan*, o que *reducen*) los expedientes que debe decidir el máximo órgano jurisdiccional constitucional de un país.

a) *factor demográfico*. Desde luego, no es lo mismo el caso de Costa Rica, con alrededor de tres millones y medio de habitantes, que el de Estados Unidos de América, que sobrepasa los doscientos cincuenta millones. Es obvio que el conjunto de relaciones jurídicas en juego varía cuantitativamente de uno a otro ejemplo, y que por ende, a más habitantes, como principio, habrá más casos de control de constitucionalidad.

b) *factor económico*. A su turno, el grado de desarrollo económico de un país incide en la cantidad de riqueza en juego y en la velocidad de circulación de la masa monetaria. A mayor complejidad económico-financiera, mayor posibilidad, en principio, de pleitos, y de cuestionamientos de constitucionalidad. No es raro además que en un país económicamente desarrollado las relaciones jurídicas sean más sofisticadas y los planteos forenses adquieran mayor pulcritud y elaboración, con un correlativo aumento en las impugnaciones por inconstitucionalidad de las normas vigentes.

c) *factor cultural*. Arribamos así a la compleja “cultura jurídica” de una comunidad.

Tal cultura jurídica asume ribetes especiales *fuera* y *dentro* de los tribunales. Fuera de ellos, por ejemplo, según la voluntad de los órganos del Poder (Legislativo y Ejecutivo, especialmente) de obedecer a la constitución, o en cambio, de sistemáticamente dictar normas y realizar actos opuestos a ella. No faltan naciones -de bajo grado de cultura política, naturalmente- donde cumplir honestamente con la constitución parece para muchos gobernantes algo aburri-

do, cuando no ingenuo, y que en cambio, saber evadirla *pro domo sua* es un indicio de meritoria sagacidad y de oportuna picardía. Esto puede incidir en el índice de litigiosidad constitucional.

Otro elemento digno de tenerse en cuenta es la vocación *pleitista*, o en cambio, *transaccionista*, de una población, tendencia que se conecta con el espíritu complicado o pragmático de esa comunidad. En algunos países, conciliar intereses sin llegar a juicio es muestra de habilidad forense, pero en otros evitar el pleito parece un acto de cobardía o de impericia profesional (por supuesto, en los segundos, los tribunales en general, y también los constitucionales, tendrán más trabajo).

Dentro de una Corte Suprema o Tribunal Constitucional, a su vez, anidan ingredientes culturales que inciden en el tema que analizamos.

Uno hace al espíritu *activista*, o en cambio, *conservador*, de esa Corte o tribunal. Un cuerpo “activista” puede verse tentado a atender judicialmente problemas que tal vez deberían haber sido resueltos por otros órganos del Poder (el Legislativo, v. gr.), como por ejemplo fue en Argentina, en ciertos momentos, en materia de indexación y divorcio.² A una Corte activista se le “pide” (y ella está dispuesta a “dar”) *más* que a una Corte conservadora, y ello significa habitualmente mayor cantidad de trabajo.

Otro dato significativo hace a la modalidad de trabajo de una Corte o Sala Constitucional. Las hay que deciden de modo sintético y breve, y en cambio, las que abundan en páginas interminables con una larga descripción de los hechos, citas doctrinarias y jurisprudenciales al por mayor, detallados antecedentes históricos, gorjeos académicos y jugosas especulaciones científicas que, méritos o deméritos aparte, lo cierto es que retrasan el dictado de esa sentencia y de otras resoluciones.

Así como hay una “cultura de lo cuantitativo” (en el sentido que se presume por muchos que un fallo largo es bueno, y uno corto malo), también existe una “cultura de la demora”, en cuanto se conjetura que un fallo valioso necesita de bastante tiempo para su elaboración, y que un fallo pronunciado rápidamente padece de una seria presunción de falta de calidad. Esta “cultura de la demora” ha producido algunas veces situaciones risibles, como es la de acusar de arbitrariedad (inconstitucionalidad) a una sentencia porque se dictó aceleradamente; o, para evitar tal cuestionamiento, a que un tribunal reservase por unos días, la emisión del fallo ya resuelto y firmado, que solamente era “presentable” una vez “añejado” en el fondo de un anaquel. Paralelamente, la “cultura de la demora” ha justificado que un proceso de amparo dure por ejem-

² Así, en Argentina, los tribunales crearon un sistema de ajuste por depreciación monetaria, extrayéndolo directamente de normas constitucionales tuitivas de la propiedad y del salario, pese a que el legislador no había pronunciado ley al respecto. También reputó la Corte Suprema necesario admitir por imperativo constitucional al divorcio vincular, en virtud por ejemplo de los valores constitucionales de dignidad de la persona y del derecho constitucional a casarse, igualmente antes de sancionarse la ley respectiva.

pló cuatro años, y uno de hábeas corpus más de dos y medio, cuando obtuvieron decisión de una Corte Suprema, sin que hubiera mayores protestas sociales en ese medio.³

d) *factor técnico*. Involucro en este aspecto la adecuada provisión de computadoras, fotocopadoras, archivos y bases de datos, mobiliario, espacios e incluso personal especializado, que una Corte Suprema o Sala Constitucional requiere para cumplir idóneamente con sus tareas.

Es bueno aclarar que toda esta infraestructura no hace por sí sola milagros, pero que contribuye a realizarlos. Lo que está en juego no es solamente un ahorro de tiempo y de esfuerzos, sino también un mejoramiento en la calidad de los fallos, en tanto y en cuanto se corrijan algunos de los otros defectos culturales ya apuntados, como la “cultura de la demora”, o la “cultura de lo cuantitativo”, que una computadora no puede hacer desaparecer.

5. LOS RESPONSABLES

Si una Sala o Corte constitucional, o una Corte Suprema que también opera como corte constitucional se halla atosigada de causas, puede haber muchos responsables de ese estado de cosas.

Algunas veces es la sociedad toda quien apura tal embotellamiento. Hay comunidades cada vez más exigentes en la realización del valor justicia, que la reclaman en toda causa judicial y que exigen que si no hubo justicia material en las instancias inferiores, corresponde a que la Corte la imponga en la suya. No son pocos, por cierto, los que piensan que una Corte Suprema está para corregir *todos* los defectos del servicio de administración de justicia, y que por ende, ella (o un tribunal constitucional), tendría que revocar todas las sentencias contrarias al derecho dictadas en el país, resolver todas las lagunas del ordenamiento jurídico, disipar todas las ambigüedades normativas, cubrir los vacíos y moras del Poder Legislativo, sancionar a todos los jueces morosos y hacer que la Justicia reine en la Tierra, por supuesto sin el cumplimiento de mayores requisitos formales, y por qué no de oficio, o a petición de cualquiera del pueblo. Dicha especie de Corte, que llamaremos *celestial*, estará desde luego desbordada de causas.

Ese apetito edénico de ciertas sociedades amigas de lo mágico es a menudo alentado por importantes sectores de la comunidad forense. Cabe comenzar el listado con algunos juristas que casualmente combinan una bucólica y pantocrática visión de la justicia con sólidos estudios jurídicos dispuestos a atraer clientes para litigar ante la referida *Corte celestial*, que académicamente van diseñando a su gusto y paladar. Pero hay también muchos casos de lirismo *ad hono-*

³ Por ejemplo, el caso “Ekmekdjian c. Sofovich”, donde se discutía por vía de amparo el derecho a réplica, duró cuatro años en Argentina (La Ley, 1992-C-543). En el hábeas corpus “Dessy Gustavo”, de tipo “correctivo” (en contra de la censura penitenciaria a cartas de un detenido), se demoró en resolverlo más de dos años. Cfr. El Derecho 165-464, con nota de Néstor P. Sagüés: *El hábeas corpus correctivo y la correspondencia de los detenidos*.

rem, de genuinos altruistas o utopistas puros que jamás miden los costos procesales y económicos que significa programar un nuevo recurso o abrir todavía más la competencia de un tribunal superior. Simultáneamente, existen abogados dispuestos siempre (so pretexto, eso sí, de la defensa del Estado de derecho) a aplaudir el lanzamiento de nuevas instancias que les permitan subir cualquier expediente suyo a la Corte constitucional o Corte suprema, para obtener de tal modo plazos postreros para sus defendidos-perdididos.

A este catálogo, finalmente, cabe sumar otra interesante especie de expertos en derecho: aquellos que, gracias a la prédica de generosas vías recursivas donde el respeto a las formas y plazos se olvida o disculpa sistemáticamente, en aras de un dogmático, sacral e incuestionable principio de “in dubio pro recurso”; o merced también a la invención de nuevos institutos aperturistas al margen o (si es necesario) en oposición a los marcos legales vigentes, logran rápido predicamento y popularidad en un grupo profesional cuyos miembros están prestos a alabar a quien diga lo que les conviene, máxime si la novedosa teoría puede traducirse en sustanciosos honorarios.

Además de la sociedad globalmente considerada y de la comunidad forense en particular, otro responsable de la congestión de causas en una Corte o Sala constitucional u organismo parecido, puede ser el propio constituyente. En ciertos casos, el autor de la constitución dibuja las funciones de una Corte Suprema o Corte Constitucional sin pensar en lo más mínimo en la factibilidad de su proyecto, partiendo quizá de la quimera de que una Corte podrá hacer -infinitamente- todo lo que el constituyente quiera que haga. En otros casos, el constituyente ha sido más o menos cauto, pero no ha medido los tiempos y no ha calculado de qué manera podría funcionar en el futuro, el dispositivo que injertó en la constitución.

Un ejemplo de esta imprevisión fue el art. III de la constitución de los Estados Unidos (1787), que asignó competencia originaria a la Corte Suprema en los casos en que un Estado de la Unión fuese parte, o en los casos que afectasen a embajadores. En aquel momento los Estados Unidos tenían trece estados (hoy rondan los cincuenta) y mantenían relaciones diplomáticas con un puñado de naciones (hoy son cerca de doscientas). Es evidente que la imprevisión del constituyente podría generar (si la Corte no hubiese dispuesto una interpretación reductora de la norma), el empantanamiento de las tareas de ese alto Tribunal.⁴

Tampoco puede olvidarse que el legislador ordinario puede ser tanto o más responsable que el constituyente en la inflación en el trabajo de una corte suprema o constitucional. A menudo la constitución deja en manos de ese legislador común disciplinar el régimen de conocimiento de causas por apelación. En el caso argentino, el Congreso (por ley 48, art. 14), habilitó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema para la discusión de cualquier tema

⁴ Por diversos conductos, en Estados Unidos se ha permitido que causas judiciales que la Constitución federal confería a la Corte Suprema de modo originario, terminaran sin embargo de conocimiento concurrente con otros tribunales federales. *Cfr.* Schwartz Bernard, *Los poderes del Gobierno*, trad. por José J. Olloqui Labastida (México 1966), ed. Universidad Nacional Autónoma, t. I pág. 470.

de derecho federal, sea constitucional o subconstitucional. Así, la Corte Suprema ha tenido que ocuparse de asuntos tan profundos y “trascendentes” como determinar si las marcas “Maple” y “Mapletón” son similares o no, al igual que las de “Chupemu” y “Chupetucho”, o las de “Abdula” y “Abdulla”, “La Marina” y “La Amarina”, entre otros casos de igual laya,⁵ todo ello en virtud de la inevitable naturaleza federal de la ley de patentes y marcas. Otra ley, la 24.463, aumentó elefantiásicamente la competencia de la Corte por apelación ordinaria en el ámbito de la seguridad social, con lo que el tribunal puede verse aplastado por una catarata de pleitos comunes, de tal índole.

Sin agotar el listado de responsables, cabe referirse, desde luego, a la propia Corte Suprema o Corte Constitucional. Sea por un honesto espíritu de justicia, sea por imprevisión en la no medición de los resultados de una política aperturista, sea por algún complejo de culpa institucional,⁶ lo cierto es que una Corte Constitucional o Suprema puede autoestrangularse. La Argentina, por ejemplo, profundizó a fines de la década de los cincuenta una figura que ella misma había creado, el recurso extraordinario por arbitrariedad, por lo que su trabajo aumentó con el concurso del tiempo, aproximadamente en un 400% o 500%. Gracias a tal dispositivo, repito por ella misma pergeñado, tuvo seis mil o más causas a decidir por año. El problema fue que una vez creado y criado, no era fácil ni domesticar ni empequeñecer al gigante, que desde luego era el consuelo procesal de casi cuanto perdidoso hubo en los tribunales del país.⁷ Para matarlo, medió incluso la iniciativa de sancionar una reforma constitucional que prohibiese al pretorianamente creado recurso extraordinario por arbitrariedad, pese a que inicialmente se lo vio como un aporte indispensable para la regeneración del sistema judicial.

Por último, no cabe descartar supuestos de *culpa concurrente*, por ejemplo del legislador y de una Corte Constitucional. Algunas constituciones (v. gr., Guatemala, art. 272 inc. c) permiten al Tribunal Constitucional revisar ciertas sentencias de la Corte o Tribunal Supremo, conforme las previsiones de la ley. Si ésta es muy generosa al respecto (v. gr., si habilita fácilmente recursos de amparo o de otro tipo ante el Tribunal Constitucional, incluso para impugnar las sentencias llamadas *arbitrarias* o inconstitucionales de una Corte Suprema), o si la Corte o Tribunal Constitucional asume con demasiado entusiasmo tal tarea, convirtiéndose en una suerte de instancia apelatoria más o menos ordinaria de los fallos de la Corte Suprema, obviamente su trabajo se acrecentará peligrosamente, pudiendo desbordar su capacidad de absorción de procesos.

En conclusión, los responsables de un congestionamiento procesal de la Corte Suprema

5 Cfr. “Fallos” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 230:324; 251:130; 209:179; 237:549, 249:696, etc.

6 Así, durante el llamado “proceso (militar) de reorganización nacional”, años 1976/83, la Corte Suprema de aquel gobierno *de facto* abrió insospechadamente el recurso extraordinario por arbitrariedad, argumentando alguna vez que ante el cierre del Congreso, debía acentuarse el control judicial de constitucionalidad. La tesis no es desacertada. Paralelamente, la Corte parecía purgar su defecto de origen (nombrada por el régimen militar), adquiriendo legitimidad social mediante un mayor trabajo suyo en el sentido de atender y revisar más casos de sentencias arbitrarias.

7 V. parte del problema en Morello Augusto M., *La Corte Suprema en acción* (Buenos Aires 1989), ed. Abeledo-Perrot, pág. 327.

o de una Corte Constitucional pueden ser muchos. Su detección en un caso resulta muy útil, en particular para evitar repeticiones en los errores ya cometidos.

6. LAS SOLUCIONES. “SOLUCIÓN” DE LA NO SOLUCIÓN

Si se desea francamente atacar la disfuncionalidad de una Corte Suprema o Corte Constitucional por la plétora de las causas a resolver, bueno es primero atacar una alternativa harto peligrosa, como es la “*solución de la no solución*”. La misma admite varias formulaciones.

a) una es negar o minimizar el problema. Por ejemplo, afirmar que la congestión “no es tan grave como parece”, que “el problema está exagerado”, o que al fin de cuentas, “aun con sus defectos, la sociedad no está tan disconforme con el actual sistema”.

b) otra es utilizar alguna fórmula mágica para salir del paso. Así, se puede decir que el problema existe, y hasta que es significativo, para añadir de inmediato: “No obstante, con una dosis de buena voluntad y de mejor organización del trabajo (sin indicar cuál sería ésta), puede atenderse y solucionarse”. En estos casos es usual rematar la tesis con un alegato voluntarista, al estilo de: “Siempre hay que ser optimista para enfrentar el futuro”. Como afirmar ser optimista es algo generalmente muy bien visto, el ponente tiene casi con seguridad aplauso en su conclusión.

c) una tercera posibilidad de la “solución de la no solución” estriba en resignarse ante el conflicto y considerarlo irremediable. En tal sentido, podría decirse que “siempre fue así”, o que “nuestras costumbres no permiten otra alternativa que seguir como hasta ahora”. Si la tensión se acrecentara, el fatalista agregaría: “no debemos olvidar que en otros países la situación es todavía peor”.

La *solución de la no solución* es, desde luego, una “pseudo solución” escapista. Veremos algunas que intentan serlo menos.

7. SOLUCIONES APERTURISTAS

Para otros, cabe rendirse ante la evidencia de una sociedad que quiere a una Corte Constitucional o Corte Suprema o Sala con roles constitucionales, con mucho trabajo. Ante esa constatación, prefieren aceptar una realidad -por penosa que sea- pero programan al respecto respuestas que intentan ser pragmáticas.

a) *división de la Corte en Salas*. Un camino puede estribar en ampliar y seccionar al Tribunal en tantas Salas como sea necesario, especializadas generalmente en función de la materia. Los casos del Tribunal Supremo español y de la Corte Suprema de Costa Rica constituyen ejemplos en buena medida aceptables de esta variable. En estos dos países, como se sabe, a la divi-

sión de la Corte Suprema en salas se ha añadido la erección de un Tribunal Constitucional o de una Sala en lo constitucional, respectivamente.

Este sistema ha sido criticado porque, se dice, podría provocar pronunciamientos contradictorios entre las diferentes Salas, y restaría poder político a una Corte que, integrada con muchos jueces, padecería de dispersión y perdería agilidad de decisión. Sin embargo, la asignación de competencias a las salas en función de la materia evita muchas de esas contradicciones, las que, además, podrían resolverse en acuerdos en pleno. Finalmente, cabe pensar que más poder político pierde ante la sociedad una Corte que actúa unificadamente, pero con demoras intolerables, que una estructurada en Salas respetuosa de los términos y con mayor calidad en sus fallos, precisamente por la especialización referida.⁸

Digamos que otra forma de dividir el trabajo es la planificada en Alemania por su constitución (art. 95), que a más de un Tribunal Constitucional Federal, crea un Tribunal Federal Supremo (hoy con 123 jueces), un Tribunal Administrativo Federal, otro de Hacienda, el Tribunal Federal del Trabajo y el Tribunal Social federal, cada uno de ellos supremo en su esfera. Esta fórmula, sugestivamente, no tuvo mayor difusión en el derecho comparado, pese a los resultados aparentemente positivos que logró en el país que la ideó.

b) la “*Junior Court*”. Conforme esta modalidad, se mantiene el número de jueces de la Corte o Tribunal Constitucional (v. gr. nueve), pero se adosa a cada juez una cantidad de secretarios graduados (se ha llegado en algunos casos a más de diez por juez), encargados de auxiliarnos en la elaboración de los votos.

De acuerdo con este esquema, teóricamente el juez de la Corte o Tribunal escucharía los resúmenes de los casos que cada uno de sus funcionarios-discípulos le contaría, insinuaría las respuestas jurídicas para cada uno de ellos, se reservaría alguno para sí, y bosquejaría las directrices constitucionales a plasmar en las respectivas sentencias.

Esa imagen idílica no siempre es real. En el caso argentino, por ejemplo, un meritorio estudio alertaba que atento el caudal de sentencias a resolver, la Corte disponía de un cuarto de hora (promedio) para conocer y resolver cada litigio, con lo que habitualmente, un juez de ese tribunal no solamente no tenía tiempo para leer materialmente el expediente donde debía votar, sino que tampoco tenía tiempo suficiente para leer la sentencia que debía firmar.⁹

En muchos casos, los expedientes son leídos y fácticamente decididos por los miembros

⁸ Cfr. Alzugaray José M., *La división en Salas como base organizativa fundamental para un funcionamiento de la Corte Suprema Nacional. Tesis doctoral* (Rosario, 1995), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina, pág. 102 y sigts. (no impresa)

⁹ En definitiva, y como apunta Augusto M. Morello, el exceso de causas ante la Corte Suprema y el número de expedientes sin decisión (miles), provocó lo que llama “menor estudio y mayor delegación”. Cfr. *La Corte Suprema en acción*, pág. 328. Cfr. también Foro de Estudios sobre la administración de Justicia (FORES), *Diagnóstico de la Justicia argentina* (Buenos Aires 1989), *passim*; González Echenique Julio A., *La Corte Suprema Nacional, La Ley 1990-A-114*. Según explican Rafael Bielsa y Eduardo Graña

de la “*Junior Court*”, que así revisan en última instancia las sentencias dictadas por jueces de segunda o tercera instancia, constatación que desde luego no satisface mucho a éstos ni a los letrados del pleito, salvo que tengan buenas migas con los integrantes de la *Junior Court*. De hecho, aunque los porcentajes varían forzosamente mucho de país en país, la *Junior Court* puede convertirse en la “verdadera” Corte Suprema del 80 o del 90% de las causas que debe resolver el máximo tribunal de un país. Y aunque los partícipes de la *Junior Court* sean potencialmente muy idóneos, cosa que habrá que ver caso por caso, la situación que comentamos no es por cierto satisfactoria ni brinda legitimidad política al sistema judicial.

c) *la solución tecnológica*. Por este conducto se procura simplificar y acelerar el trabajo de la Corte o Tribunal mediante un acertado régimen organizativo y el uso de cuanto nuevo aparato informático o computarizado brinde el mercado.

Es evidente que tal aporte resulta siempre valiosísimo, mas todos saben que no es “la solución final”. Muchos asuntos requieren una lectura y comprensión detallada, para la que no está habilitada una máquina. Hay un proceso de asunción del problema jurídico, de su maduración y decisión que tampoco la computadora va a realizar. De ahí -casi siempre- la insuficiencia de la solución tecnológica para acabar con una congestión de casos.

8. SOLUCIONES REDUCCIONISTAS

Otra política en la materia es enfrentar el problema cuantitativo disminuyendo -llegado el caso, drásticamente- la cantidad de expedientes que debe conocer un Sala o Corte Constitucional, o Corte Suprema con roles constitucionales. En esta opción se prefiere a una Corte pequeña, o mediana, con papeles cuantitativamente circunscriptos (aunque cualitativamente relevantes), en vez de una Corte grande, con muchos casos y tal vez ingobernable.

También aquí hay caminos distintos de implementación.

a) *restricción constitucional o legal de la competencia de la magistratura constitucional*. Es posible que la constitución de un país, o la ley reglamentaria del órgano jurisdiccional, limiten el tipo y el número de causas que alguno de aquellos órganos debe decidir.

En el caso norteamericano, el art. III, cláusula 2a. de la constitución federal, se dispone por ejemplo que la Corte Suprema tiene competencia originaria en los expedientes que afecten a “embajadores, a otros ministros públicos (extranjeros) y a los cónsules, y aquellos en los cuales un Estado sea parte”. En cambio, con relación a otros juicios que se tramitan ante la justicia federal, la Corte Suprema únicamente interviene por apelación, “y bajo las normas que el Congreso determine”.

Una norma de este tipo deja al Poder Legislativo un gran margen de discrecionalidad pa-

(*Justicia y Estado*, Buenos Aires 1996, ed. Ciudad Argentina, pág. 215), el número de causas en trámite ante la Corte Suprema argentina llegaba en 1994 a la impresionante cifra de 56.329.

ra ceñir la competencia de la Corte Suprema, como de hecho ha ocurrido algunas veces.¹⁰ Se trata de una solución flexible, que permite adaptar dicha competencia a las realidades de los tiempos, y que inteligentemente manejada, se presenta como una alternativa atrayente.

En tal sentido, una fórmula de tipo mixto puede consistir en que el legislador exija, para que un juicio sea atendido por la Corte Suprema o Corte constitucional, que el mismo contenga una cuestión de *gravedad o interés institucional*, como presupuesto de admisibilidad para su tratamiento por el Tribunal, aunque éste decidiría, en definitiva, si en la causa se perfila o no tal interés o gravedad institucional. Tal fórmula (a la que más o menos se adhiere el régimen norteamericano con su *writ of certiorari*) resulta en principio muy atractiva, ya que parece lógico que el máximo órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad se ocupe, preferente o exclusivamente, de pleitos con *gravedad o interés institucional*, y que deseche los asuntos que no involucran temas de tal naturaleza.

En ciertos supuestos, la legislación reglamentaria de la constitución ha actuado inconstitucionalmente, restándole a la Corte Suprema la atención de causas que la constitución le encomienda. Ello produce una verdadera *mutación constitucional por sustracción*,¹¹ que si es consentida por la Corte, engendra a la postre un derecho consuetudinario constitucional derogatorio de alguna cláusula constitucional (*desuetudo constitucional*).

b) *restricción discrecional por la magistratura constitucional*. En otros supuestos, ha sido la propia Corte la que ha circunscripto la superficie de su competencia. Por obra de su propia jurisprudencia, la Corte Suprema argentina ha rediseñado en la práctica los márgenes legales que hacían a su jurisdicción, aumentándolos o reduciéndolos según los casos. Ha inventado casos extralegales de su competencia (como el recurso extraordinario por sentencia arbitraria o por gravedad institucional), o ha descartado el conocimiento de otros, so pretexto, v. gr., de no mediar “cuestión federal” (temas de derecho federal, constitucional o subconstitucional) *suficiente o bastante* en un pleito, o que pese a haber dicha “cuestión federal”, ella no guarda *relación directa* con la cuestión básica a resolver.¹²

Debe citarse aquí, de modo especial, la doctrina de la Corte Suprema estadounidense, en el sentido que una ley común no puede aumentar la competencia originaria que la constitución deposita en dicho tribunal. Esta tesis reductiva de la competencia de la Corte fue precisamente la que dio motivo a “Marbury vs. Madison”, el fallo detonante del control judicial de constitu-

10 V. sobre el tema Bianchi Alberto B., *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos* (Buenos Aires 1994), ed. Abaco, pág. 232 y sigts.

11 Así, por ejemplo, el art. 117 de la constitución argentina dispone que la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en todo pleito donde una provincia sea parte; pero la jurisprudencia de la misma Corte ha ceñido su intervención a solamente ciertos pleitos en que una provincia interviene: cfr. Sagüés Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed. (Buenos Aires 1997), t. 2 pág. 126.

12 V. por ejemplo Bianchi Alberto B., *¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional?* en *El Derecho*, 22/5/97.

cionalidad.¹³ También, a través de otro dispositivo, el *writ of certiorari*, esta vez de factura legal, la Corte Suprema norteamericana escoge los casos a resolver ciñéndolos en los hechos a cerca de doscientos por año, número por cierto hartamente reducido en un país que ronda, según vimos, los doscientos cincuenta millones de habitantes.

También es factible que una ley deposite en la Corte la atribución de, discrecionalmente, elegir las causas a resolver, v. gr. por razones de *gravedad o interés institucional*, incluso sin necesidad de dar fundamentos expresos al respecto.¹⁴ En la modalidad que ahora citamos, a diferencia de la mencionada en la letra a) de este párrafo, la exigencia de *gravedad o interés institucional* no se presenta como un recaudo legal de admisibilidad para que un pleito sea tratado por la Corte, sino como un factor de exclusión de causas, de manejo libérrimo por la Corte. En otras palabras, ella puede, según su criterio soberano, atender o no atender procesos que no tengan gravedad o interés institucional (en la hipótesis que vimos en la letra a), en cambio, *debe* excluir de su decisión a todos los juicios que carezcan de tal gravedad o interés institucional). Conviene prevenir, eso sí, que estos remedios de cirugía mayor producen en general un gran debate, sobre todo si se duda de la imparcialidad de la Corte Constitucional o Corte Suprema para seleccionar con justicia qué casos va a asumir. Dicho de otro modo, la legitimidad de tales mecanismos dependen del grado de prestigio que tenga una Corte, y de la manera equitativa o no con que sean practicados en la realidad.

c) *la solución “pre Corte Suprema”*. En países que no han querido limitar mayormente el control de constitucionalidad en instancias superiores, pero al mismo tiempo que han tomado conciencia de la imposibilidad de que una Corte Suprema o Sala Constitucional aborde indefinidamente todos los planteos de inconstitucionalidad, se ha pensado, para conformar a tirios y troyanos, crear (en segunda o tercera instancia), una “pre Corte” o “Corte intermedia”, al estilo, v. gr., de un tribunal de casación, de mayor nivel jerárquico que una cámara o corte de apelaciones.¹⁵

La idea, al respecto, es habilitar un recurso de inconstitucionalidad contra las sentencias de tribunales de primera o, generalmente, de segunda instancia, ante esa “pre Corte Suprema”, cuyo recorrido podría poner fin al debate judicial, si es que el litigante (después de la sentencia de la referida pre Corte) se rinde por fatiga o si no articula en tiempo y forma otro recurso -ob-

13 Cfr. Corwin Edward, *La constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, ed. revisada por Harold W. Chase y Craig R. Cugat, (Buenos Aires 1987), ed. Fraterna, pág. 313.

14 En Argentina, la nueva redacción del art. 280 del Código procesal civil y comercial de la Nación permite a la Corte Suprema, “según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma”, rechazar recursos extraordinarios por “falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

15 Así se hizo en Argentina, en el orden nacional y solamente en la esfera penal, con la creación de la Corte Nacional de Casación Penal. Cfr. Lugones Narciso J. y Dugo Sergio O., *Casación penal y recurso extraordinario* (Buenos Aires 1993), ed. Depalma, pág. 29 y sigts.

Un veterano defensor de la “corte intermedia” ha sido, v. gr., Augusto M. Morello (cfr. su excelente trabajo *Los roles de las cortes supremas*, en *Jurisprudencia Argentina*, 9/4/97).

viamente extraordinario- ante la Corte o Sala constitucional.

El éxito de esta receta depende de muchos factores, en particular de la calidad y consenso social que tengan los fallos de la “pre Corte Suprema”, y del deseo de la Corte Suprema o Corte Constitucional de respetar aquellos pronunciamientos o de revisarlos, o de su gusto de dejar en manos de la pre Corte la decisión de los temas constitucionales, o en cambio de avocarse a ellos.

d) *las comisiones de admisión*. El régimen alemán de las comisiones de admisión, fundado en el art. 94 inc. 2º de la constitución federal, brinda la posibilidad de repartir el trabajo de la evaluación de las causas a decidir por un Tribunal Constitucional en grupos de tres de sus miembros, quienes pueden descartar la atención de expedientes que lleguen a tal órgano, v. gr. por falta de debida fundamentación o por no incluir realmente temas constitucionales.¹⁶

Se trata de una fórmula práctica y heroica a la vez. Los centenares de expedientes que llegan al Tribunal son divididos de modo tal que cada comisión puede realizar un análisis razonable de la inadmisibilidad e improcedencia de tales casos. Muchos de ellos, por ende, no perturbarán la atención del Tribunal Constitucional, al ser liminarmente descartados por la comisión respectiva.

El pasivo del sistema estriba en que el criterio de una comisión de admisión bien podría no haber sido el criterio del pleno del Tribunal Constitucional, y que una comisión puede manejarse con parámetros más severos que otra, y viceversa. El acierto o error de una comisión pueden, de tal modo, decidir la suerte de una causa constitucional.

Las críticas se acrecientan si la comisión de admisión no está formada por jueces de la Corte o Sala Constitucional, sino por funcionarios menores de ella, quienes serían de hecho los “jueces de los jueces” del Tribunal Constitucional. Los partidarios del sistema alegan que eso no debe extrañar demasiado, ya que en países donde opera la *junior court*, como vimos, los secretarios o auxiliares de la Corte o Tribunal desempeñan de hecho, y fuera de las previsiones legales, tareas más o menos similares a las de las comisiones de admisión.

Debe recordarse que en otros países, como en Italia, la posibilidad de que la Corte Constitucional entienda en un asunto de índole judicial depende en buena medida de que los tribunales inferiores a ella hayan abierto la vía procesal del caso, vale decir, que no la hayan cerrado por entender, v. gr., que el tema ha sido articulado en el expediente de modo notoriamente infundado, o fuese manifiestamente irrelevante o improcedente.¹⁷

9. EVALUACIÓN Y CONCLUSIONES

16 Cfr. Fix-Zamudio Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos* (México 1980), ed. Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 65.

17 Biscaretti di Ruffia Paolo, *Derecho Constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú (Madrid, 1965), ed. Tecnos, pág. 569.

Apuntaremos algunas reflexiones y sugerencias en un tema que es decididamente opinable.

1. La primera, es que el asunto de la capacidad de absorción de causas por un tribunal supremo es decididamente importante. No se trata, en verdad, de una discusión metafísica o de gran profundidad intelectual, pero sí de un punto muy concreto y práctico, que hace a la funcionalidad de una Corte Suprema con roles constitucionales, o de una Corte Constitucional propiamente dicha.

En concreto, si uno de estos organismos no es capaz de resolver adecuadamente el problema, la falta de pronta atención de sus litigios constitucionales puede generar en una crisis sistémica con fuertes impactos de deslegitimación en todo el régimen político-institucional.

2. La segunda observación es que no hay aquí, *a priori*, “recetas buenas” o “recetas malas”, y menos “la receta única”. Solamente hay recetas eficaces e ineficaces, en función de cada comunidad concreta. No siempre, por lo demás, tales recetas son exportables o imitables. Lo que en un país funciona bien puede resultar perjudicial a su vecino.

En términos generales, entonces, las dos grandes fórmulas que hoy circulan en el derecho comparado (al estilo norteamericano, v. gr., de Corte Suprema relativamente pequeña con pocas causas a resolver; o a la usanza española, de tribunal supremo grande, dividido en salas, con más de un Tribunal constitucional, ambos con bastantes causas a decidir) tienen en sus respectivas áreas argumentos que abonan su legitimidad. Lo importante es que cada Estado dé respuestas estructurales coherentes con el diseño de metas que confiera a su Corte o Tribunal Supremo.

3. Una aproximación al tema sugiere pensar soluciones pragmáticas, propuesta nada fácil de concretar en pueblos que según su idiosincracia decididamente no son pragmáticos. En esta última hipótesis, resulta positivo asumir ese defecto “estructural” de dicha sociedad, lo que implica reconocerlo sinceramente y después intentar superarlo, también francamente. Un buen punto de partida estriba en cambiar el dulce espíritu de derrotismo que impide la solución del conflicto, so pretexto de que éste es insoluble.

4. La estrategia para el cambio-solución prosigue a fin de aclarar de modo preciso qué funciones quieren asignarse a una Corte Constitucional (o Corte Suprema con roles constitucionales). Esos objetivos deben ser claros, concretos y al mismo tiempo posibles, meta que obliga a desechar el modelo de la *Corte Celestial* que operaría como panacea universal o cúralotodo del sistema judicial. Cabe insistir que un Tribunal no es una oficina de milagros forenses, ni puede asimilar de modo ilimitado cualquier tipo de tareas.

5. Una vez definida la función de la Corte o Tribunal Constitucional, cabe adoptar propuestas coherentes de organización de tal cuerpo. Por ejemplo, si se imagina una Corte con trabajo

reducido, podrá estructurársela con no muchos miembros, que asimismo podrán actuar conjuntamente. En cambio, si se esboza una Corte con numerosas causas a resolver, lo más probable es que tendrá que contar con más jueces, a fin de dividirse en Salas.

6. Al mismo tiempo, es importante realizar un proceso serio y lo más completo posible de información sobre los sistemas puestos en práctica en el derecho comparado para atender el problema de la congestión de causas. Ello obliga a auscultar tanto las normas como, sobre todo, las experiencias habidas en el ámbito de la realidad.

7. Ese abanico de variables posibles debe confrontarse con los condicionamientos fácticos y culturales (recursos económicos y humanos, nivel y número de profesionales de derecho, tecnología, hábitos y métodos de trabajo, etc.), a fin de adoptar una de ellas o diseñar otra nueva. Cualquiera sea la receta por la que se opte, parece indispensable también medir los efectos o posibles resultados de su futura aplicación en el medio social de que se trate.

8. Aparte de ser técnicamente correcta, la receta tiene que satisfacer las pautas de legitimidad imperantes, es decir, que debe satisfacer una cuota básica de justicia, para lograr de tal modo consenso social.

9. Por último, esa meritación de los recursos en juego bien puede aconsejar un remodelamiento de las funciones asignadas inicialmente a la Corte o Tribunal Constitucional. Por ejemplo, si los papeles planeados por la Constitución para un alto tribunal demandan una infraestructura técnica y la creación de cuadros de magistrados y funcionarios imposibles de concretar, lo aconsejable es revisar el cúmulo de aquellas competencias, para reducirlo en razón de las factibilidades existentes. Con esto cabe subrayar que aunque idealmente es la función la que explica y determina al órgano, en el ámbito existencial corresponde también distinguir entre “funciones sensatamente realizables” y “funciones irrealizables”, en orden a evitar metas utópicas que en nada benefician al sistema jurisdiccional de control de constitucionalidad.

A menudo, pues, una solución puede exigir quizá reformas legales y hasta constitucionales. Las enmiendas constitucionales son generalmente lentas y políticamente complejas. Pero también cabe alertar que ciertos países pragmáticos, como los Estados Unidos, han sabido encontrar interpretaciones constitucionales mutativas por las que varios preceptos de la constitución, por ejemplo sobre la competencia de la Corte, han sufrido adaptaciones que evitaron la reforma constitucional expresa y permitieron encontrar respuestas jurídicas útiles.

10. Como antídotos para evitar una operación inexitosa, conviene descartar las siguientes actitudes: a) ignorar o negar el problema de la congestión de causas; b) conocerlo, pero no buscarle respuesta; c) resolverlo dogmáticamente, o mediante el plagio; d) decidirlo improvisadamente, sin una cautelosa evaluación y reflexión sobre metas y posibilidades; e) solucionarlo improvisadamente, sin considerar las consecuencias del cambio propuesto; f) no tener en cuenta las experiencias habidas en el derecho comparado.

GLOBALIZACIÓN E INTERDEPENDENCIA

Modesto Seara Vázquez^(*)

Uno de los conceptos a los que más frecuentemente se recurre en cualquier estudio que se haga de la realidad internacional, es el de globalización, junto con el de interdependencia, que está íntimamente relacionado con él. Son también dos conceptos casi siempre mal definidos e incorrectamente interpretados. Ello tiene consecuencias serias, tanto para quienes tratan de interpretar correctamente lo que sucede en el mundo, como para los que toman las decisiones políticas.

La globalización¹ se presenta como algo siniestro, una especie de conspiración contra los pueblos del mundo y se plantea en términos ideológicos,² de tal forma que pretenden obli-

(*) Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la UNAM (actualmente con licencia). Es Rector de la Universidad Tecnológica de la Mixteca y de la Universidad del Mar e Investigador Nacional Emérito.

1 La bibliografía sobre este tema es ya muy amplia. World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford: Oxford University Press, 1987; United Nations, *Global Outlook*, UN Publications, 1990; Alexander King y Bertrand Schneider, *The First Global Revolution A Report To the Council of the Club of Rome*, New York; Pantheon Books, 1991; John Tessitore y Suan Wodjson (Editors), "A Global Agenda, Issues Before the 46th General Assembly of the United Nations", Lanham; University Press of America, 1991; Donella H. Meadows, Dennis I. Meadows y Joegen Randers, *Beyond the Limits Confronting Global Collapse. Envisioning a Sustainable Future*, Post Mills; Chelsea Green Publishing Company, 1992.

2 Entre los que no entienden lo que es la globalización, está el Director General de la UNESCO, para quien "no es verdad que con la globalización se hará una mejor distribución de los bienes y servicios y se promoverá el desarrollo. Lo que se impulsa con esa trampa es organizar democracias de mercado y una política de comercio sin fundamentos morales". La verdad es que la globalización no crea esas condiciones de explotación, sino que afirma su proyección mundial; pero al reducir el fenómeno de la globalización a un complot y olvidar que es una realidad histórica ignora, primero, que las realidades hay que reconocerlas, y segundo, que hay que corregirlas y aprovecharlas. Lástima que quienes están en una posición para ejercer el liderazgo ofreciendo soluciones, se limiten a emitir declaraciones demagógicas e inyectivas. Ver la Jornada, 8 de abril de 1998, declaraciones del Director General de la UNESCO a la enviada especial de ese periódico, Kyra Núñez.

garnos a elegir entre dos posiciones antagónicas; a favor de la globalización y el sometimiento a los perversos designios de las fuerzas transnacionales, o en pro de la defensa del Estado nacional³ de tiempos de la abuelita. Lo primero, según algunos es algo totalmente positivo y según otros totalmente malo; lo segundo, para unos es la preservación de todos los valores tradicionales, que por definición son buenos, mientras que para los demás significa un desesperado intento de conservar privilegios anacrónicos por parte de las clases dirigentes.

La verdad es más simple y al mismo tiempo más peligrosa: si el proceso de globalización fuera el resultado de la acción consciente de ciertos actores, sería posible contrarrestarlo con acciones contrarias; si se tratara de una ideología, podría combatirse con otra ideología de signo contrario. Pero la realidad es otra: la globalización es un proceso histórico que está en marcha, con muchos aspectos malos y con otros buenos y no es el resultado de ninguna conspiración siniestra, sino de la acción espontánea y convergente de fuerzas de muy distinta naturaleza, económica, política, cultural, etc., que responden a las necesidades de nuestra época.

Para resumir este punto, podríamos decir que la globalización es un hecho evidente, sobre el cual desde luego es posible teorizar todo lo que se quiera y que puede dar lugar a diferentes concepciones ideológicas, interpretando positiva o negativamente e incluso proponiendo políticas orientadas a acelerar o frenar ese proceso. Pero es inconcebible que se piense que alguien tuvo el poder suficiente para poner en marcha la globalización o que es posible ahora detener, y menos todavía revertir, el proceso de globalización.

La globalización, es un fenómeno multidimensional que debe de ser analizado desde perspectivas diferentes, para estudiar las causas que lo producen, ver cuáles son sus efectos, así como cuál es la política que se debe de adoptar frente a esta situación. A la globalización contribuyen causas muy diversas, tanto las de tipo tecnológico, como las de carácter económico, demográfico, político cultural, etc.

EL DESARROLLO TECNOLÓGICO EN LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Podríamos identificar al desarrollo tecnológico como la causa primaria, que eleva los niveles del sistema de producción y crea la necesidad de economías de escala cada vez más amplias, al mismo tiempo que provoca una concentración del poder económico, a la que nos habíamos referido hace más de tres décadas en nuestra teoría concentracionista de las relaciones internacionales.⁴

³ Acerca del Estado nacional y el concepto de soberanía, Gurutz Jáuregui Dereciartu, *Decline of the Nation State*, Reno, University of Nevada Press, 1994; Gene M. Lyons y Michael Mastanduno (Editores), *Beyond Wersiphalia: State Sovereignty and International Intervention*, Baltimore: Johns Hopkins University, 1995.

⁴ Modesto Seara Vázquez, *Paz y Conflicto en la Sociedad Internacional*, México: UNAM, 1969.

En una perspectiva más general, la globalización debe de enmarcarse en la tendencia histórica constante hacia la creación de grupos sociales cada vez más grandes. Si, como parece evidente, las fórmulas de organización social reflejan las posibilidades físicas de control de los componentes individuales del cuerpo social,⁵ por parte de quienes tienen la hegemonía, sean grupos o clases, en la medida en que esos instrumentos de control se vuelven más poderosos y permiten abarcar un mayor número de componentes sociales, aparecen unidades más grandes que, en aras de la estabilidad y la permanencia, tratan de institucionalizarse de la mejor forma posible.⁶

Los instrumentos básicos de control son los de tipo económico y tecnológico, íntimamente relacionados y a los que se superponen otros, como los de tipo cultural e ideológico. Desde la pareja, a la tribu, la horda, las ciudades estados, los reinos, los imperios y las organizaciones internacionales, la humanidad sigue un proceso de integración, con altibajos que no desmienten la tendencia de largo plazo.⁷ Los estados (seudo) nacionales que a veces se mencionan como ejemplos que contradicen el proceso de integración, en realidad constituyen una etapa más que no se desvía de la tendencia general.

En efecto, aunque normalmente se les llama nacionales, son instituciones dentro de las cuales, por algún acto de fuerza⁸ se ha obligado a componentes muy diversos a aceptar una definición de nacional que *volis nolis*, los engloba. Ese acto de fuerza puede provenir de la acción hegemónica de una de las partes, como en los casos de Prusia o Castilla para Alemania y España, o por la vía imperial, cuando las potencias coloniales trazaron fronteras artificiales que unieron a pueblos disímolos y dividieron a pueblos afines. Los procesos de independencia generalmente respetaron esas fronteras artificiales, en aplicación del principio *uti possidetis*.

INTEGRACIÓN, DESINTEGRACIÓN Y REINTEGRACIÓN

Así, aunque no hay duda de que las naciones tienden naturalmente a crear un Estado, también es cierto que históricamente desde el Estado se impuso un proceso uniformizador,⁹ que se orientó a desarrollar una idea de nación, más amplia que la que existía al inicio de ese proceso. El grado de éxito que hayan tenido esos esfuerzos desde el Estado, ya es otra cuestión, y los movimientos regionalistas o nacionalistas que se han producido dentro de los Estados en los

5 Algunos partidarios de la teoría de la complejidad, creen la organización espontánea, siguiendo el ejemplo de algunos sistemas biológicos, cuya conducta no está controlada centralmente. Véase John H. Holland, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Reading: Addison-Wesley, 1985.

6 David Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford: Stanford University Press, 1995.

7 Aunque desde luego hay quienes piensan de otro modo. véase, Hazel J. Johnson, *Dispelling the myth of globalization: the case for regionalization*. New York: Praeger, 1991.

8 Hay quienes piensan que en la conformación de los movimientos nacionales hay cierta racionalidad, pero sus explicaciones no parecen muy satisfactorias. Ver Albert Breton et alia (Editores), *Nationalism and Rationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

9 Sin llegar a la exageración del fascismo de Mussolini, quien afirmaba que era el Estado el que creaba a la nación.

últimos años parecerían apuntar en otra dirección: la de la disgregación de las unidades políticas.¹⁰ Sin embargo, si se observan con más atención esos fenómenos de aparente disgregación se llegaría a una interpretación distinta. Se trata, antes que nada, de un realineamiento de fuerzas, que buscan autonomía frente al Estado supuestamente nacional, algunas veces realizando venganzas históricas frente a pasadas injurias, pero que al final de cuentas no pueden escapar a las realidades de nuestra época. Así, no son capaces de negar totalmente al Estado que los dominó durante largos años, debido a los lazos que por el camino se fueron creando con los demás componentes de ese Estado, ni pueden tampoco escapar a la necesidad de buscar la integración con otros pueblos.

Véase por ejemplo, cómo las fuerzas políticas centrífugas dentro de varios países europeos, Irlanda del Norte, España, Francia, o los que formaron las antiguas Yugoslavia y Checoslovaquia, sitúan entre sus prioridades políticas la entrada a Europa, que no significa otra cosa que la vuelta a casa (aunque sea una casa compartida con nuevos pueblos). Esto, a pesar de la demagogia de lidercillos oportunistas que en lugar de afirmar las legítimas reivindicaciones libertarias, de los pueblos que se han visto sometidos a auténticos genocidios culturales o de otro tipo y fijar claramente los límites de esas reivindicaciones, pretenden hacer creer que las autonomías que reclaman desembocan necesariamente en la independencia. Ocultan el hecho de que la entrada en la Unión Europea, significa la reintegración, con una fórmula diferente, pero que no deja de ser un modo de reintegración.

Este fenómeno integrador no es exclusivo de Europa, aunque hay que reconocer que es allí donde se da de una manera más clara, seguramente porque se atravesaron ya etapas históricas que en otras regiones se están atravesando todavía, pero sin duda también porque hay entre los europeos una más correcta interpretación del sentido en el que marcha la historia.

En el continente americano también se está buscando una fórmula de superación de las limitaciones de los Estados nacionales, pero todavía no se vencen prejuicios ni intereses que se oponen a las integraciones regionales o subregionales, a pesar de los intentos, varios en su concepción y diversos también en sus resultados: del MERCOSUR, probablemente el proyecto más ambicioso, al Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, pasando por la Comunidad del Caribe y los múltiples intentos centroamericanos.

Los países del continente africano se debaten, desde los albores de la independencia, en los dilemas hamletianos del ser o no ser, de la integración o la independencia, incapaces de resolver el problema de la propia identidad de los Estados, que no han sabido o podido superar las divisiones arbitrarias que las potencias coloniales realizaron en 1885 en Berlín.

En Asia y el Pacífico, el intento más ambicioso es el de la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN), que de todos modos no va mucho más allá de una zona de libre co-

¹⁰ Una relación bastante completa de esos grupos nacionales "sumergidos" en unidades más amplias, puede consultarse en James Minahan. *Nations Without States. A Historical Dictionary of Contemporary National Movements*. Westport: Greenwood Press, 1996.

mercio, aunque la reciente crisis económica ha puesto de manifiesto el grado de interdependencia entre las economías de los países de la zona, miembros y no miembros.

GLOBALIZACIÓN DE LOS PROBLEMAS

La formación de grupos sociales más amplios ha estado siempre condicionada, como decíamos, por las posibilidades físicas de control por parte del grupo hegemónico. Los mecanismos de control podían ser esporádicos, como las acciones de tipo militar, o de carácter más duradero, mediante la creación de estructuras administrativas, sistemas de comunicaciones, o imposición de una cultura común. Del primer tipo son, varios de los imperios de las primeras etapas históricas y de los segundos, un ejemplo clásico es el imperio romano o el imperio español, aunque en este último caso, la lejanía de las posesiones coloniales, junto con la limitación de los medios técnicos de comunicaciones, propició la integración entre ciertas partes del imperio, más que del imperio con la metrópoli.

Con todo, hasta hace unas décadas, la formación de conjuntos sociales respondía esencialmente a la voluntad de dominación de una potencia sobre los demás y la estructura de ese conjunto, que tendía a adquirir las características de un sistema, no homogeneizaba suficientemente a los subsistemas, unas veces por falta de voluntad de la potencia hegemónica, como en el caso del Imperio británico, que mantenía deliberadamente una distancia entre la sociedad colonizadora y la colonizada, y otras por resistencia de los pueblos sometidos, como sucedió con el Imperio español en América, donde a pesar de la fusión de razas, que indudablemente se produjo, finalmente prendió el fuego de la independencia.

En nuestros tiempos, sin embargo, el proceso se plantea de modo diferente. Dejando aparte el problema de las organizaciones regionales de integración, que en realidad no crean el proceso, sino que se limitan a institucionarlo, encauzarlo y posiblemente también a acelerarlo, la integración social no se produce de modo planeado sino que aparece de modo espontáneo, por la interacción de fuerzas muy diversas que refuerzan mutuamente.

De los factores de globalización que, como habíamos mencionado atrás, son muy numerosos y variados, podríamos subrayar tres: tecnológicos, económicos y culturales, cada uno de ellos condicionado por los otros dos.

FACTORES TECNOLÓGICOS

Los tecnológicos¹¹ tienen que ver, en primer lugar con la tecnología de los transportes y las comunicaciones, que facilitan el desplazamiento de personas y bienes. Al acortarse tem-

¹¹ Ver, Michio Kaku, *Visions: How Science Will Revolutionize the 21 st Century*, New York: Anchor Books, 1988; Janet H. Muroyama y H. Guyford Stever Editores), *Globalization of technology: international perspectives proceedings of the Sixth Convocation of the Council of Academies of Engineering and Technological Sciences*. Washington, D.C.: National Academy Press, 1988.

poralmente las distancias, los individuos y grupos interactúan con más frecuencia y se crean relaciones de todo tipo. Las personas no tienen la sensación de alejamiento que en otras épocas hacía de la emigración una tragedia casi definitiva. Hoy las telecomunicaciones permiten mantener los contactos, con mucha frecuencia o de modo prácticamente permanente (a través de las redes de cómputo) y el transporte aéreo (rápido y más barato) facilita los viajes, de tal modo que el mundo se convierte de hecho en esa aldea global de que se habla tantas veces.

FACTORES ECONÓMICOS

Además la tecnología aplicada a la actividad económica, crea un universo nuevo de posibilidades y de necesidades, que originan interdependencia e integración de la producción.

Los factores económicos son también muy evidentes. Hoy la autarquía es un sueño anacrónico y si se hiciera caso a quienes intentan esa vuelta a ciertas ideologías del pasado, que muchas veces se enuncian en nombre de la soberanía y la independencia, se iría derecho al atraso y al sometimiento. En lugar de independencia habría subyugación y en lugar de bienestar para los pueblos habría más pobreza.

La eficiencia económica exige la aplicación constante de los adelantos tecnológicos, que solo se pueden conseguir mediante la dedicación de enormes recursos humanos y materiales.¹² Los países que no dispongan de tales recursos están condenados al papel de simples subordinados, como clientes, condenados a comprar productos con un alto porcentaje de valor añadido, que adquieren con lo que reciben de la venta los productos primarios o de muy baja tecnología.

Esta relación desigual en muy poco se diferencia de la relación de explotación colonial de los últimos siglos, y no tendría escapatoria si se olvidara, como algunos tratan de olvidar, la realidad en la que vivimos. En efecto, el modelo de la sociedad mundial está ahí, y las fuerzas que lo configuran son de tal magnitud que no se puede alterar simplemente con actitudes de dignidad ofendida o con la invocación de principios muy nobles, cuando se carece de la fuerza para imponerlos. ¿Habrá que recordar otra vez, que las revoluciones no triunfan porque tengan la razón, sino porque se imponen cuando se cuenta con la fuerza? El pueblo que se encierre en sí mismo, pretendiendo de ese modo expresar su rechazo a la globalización, no está afectando en nada la vida de los demás sino la suya propia, al colocarse en una posición todavía más desventajosa que la que tenga actualmente.

Hoy la economía globaliza las sociedades, al someterlas a un proceso de interdependencia progresiva. Ese proceso no es nuevo y lleva mucho tiempo en marcha, solamente que aho-

12 Ver: Evan Luard, *The globalization of politics: the changed focus of political action in the modern world*, New York: New York University Press, 1990; Paul Evans, Yves Doz y Andre Laurent, *Human resource management in international firms: change, globalization, innovation*, New York: St. Martin's Press, 1990.

ra es más obvio y más intenso, y afecta ya a la totalidad de la sociedad humana. La producción de bienes se distribuye e integra a nivel mundial; hoy es difícil encontrar productos industriales de tecnología avanzada que se hayan producido enteramente en un país. Generalmente, en el diseño mismo del producto se inicia su globalización, que se extiende después a la fabricación de componentes, montaje, distribución y venta, y también los rubros de capital y trabajo pueden estar globalizados. Las acciones se cotizan en bolsas de diversos países¹³ y los trabajadores y ejecutivos son reclutados donde mejor conviene a las empresas, lo que en su conjunto provoca una desnacionalización de las empresas y su globalización. Como datos interesantes, baste recordar que el gran líder de Coca Cola fue un cubano naturalizado en Estados Unidos y uno de los gurus de General Motors (después, de Volkswagen) era un español. En la estrategia de globalización puede recordarse que Volkswagen tomó a principio de 1998 la decisión de no permitir que país alguno tenga el monopolio de la producción de cualquiera de sus modelos o de las partes componentes.

La verdad es que las fronteras económicas y culturales se van borrando progresivamente y las empresas verdaderamente competitivas y con posibilidades de supervivencia van a ser solo aquellas que sean capaces de establecerse en la dimensión global.

FACTORES CULTURALES

Los factores culturales que contribuyen a facilitar y aún acelerar la globalización son muy evidentes¹⁴ y resultan a su vez de los factores tecnológicos y económicos. En la medida en que los avances tecnológicos han posibilitado la aparición de medios de comunicación que llegan fácilmente a la población del mundo de todos los niveles sociales y culturales surge la posibilidad de un instrumento de apoyo de importancia nunca vista, para los grupos hegemónicos. Pero además, la magnitud de las inversiones requeridas para esas empresas crea las condiciones para el establecimiento de monopolios de la comunicación,¹⁵ que proyectan, consciente o inconscientemente, sus propios valores, en el plano universal, convirtiéndolos cada vez más rápidamente en valores de aceptación general, independientemente de su calidad intrínseca y sin que tenga importancia la oposición de los grupos más conscientes y de nivel cultural más alto, que con toda legitimidad tratan de preservar los valores tradicionales de las sociedades que representan.

13 Ver, Dennis Campbell (Editor), *Globalization of Capital Markets*, La Haya: Kluwer Law International, 1996.

14 Martín Albrow and Elizabeth King (Editores) *Globalization, knowledge, and society: readings from International sociology*, London: Sae Publications, 1990; Mike Featherstone (Editor), *Global culture nationalism, globalization, and modernity a Theory, culture & society special issue*. London: Sage Publications, 1990.

15 Véase, United States, Congress. House. Committee on Energy and Commerce. Subcommittee on Telecommunications and Finance, *Globalization of the media hearing before the Subcommittee on Telecommunications and Finance of the Committee on Energy and Commerce*, House of Representatives, One Hundred First Congress, first session, November 15, 1989. Washington, 1990.

La uniformización cultural es evidente y la hegemonía que en ese proceso ha ejercido y todavía ejerce el mundo anglosajón (apoyado esencialmente en el poder de los Estados Unidos) también lo es; menos claro es, dígame lo que se diga, el sentido que vaya a tomar en el futuro. Ello, por la obvia razón de que los factores tecnológico y económico, que han propiciado hasta ahora la hegemonía cultural anglosajona, podrían recibir una tremenda sacudida, en función de la rápida transformación económica y tecnológica de muchos países, que tenderían a introducir sus propios paradigmas.

La tontería de “los inventos del hombre blanco” nunca fue más clara que hoy, cuando empiezan las bromas sobre “los inventos del hombre amarillo”; ello sin entrar a discutir las estúpidas presunciones o acusaciones, de los defensores o los detractores, de la mal llamada “civilización occidental”, cuyos fundamentos es bien sabido que vinieron del Oriente. Curiosamente, esa “civilización occidental”, hoy vuelve a añadir a sus ingredientes las especies culturales orientales. Ahora Mickey Mouse y Superman entran en competencia con las tortugas ninja; King Kong es derrotado por Godzilla; Las Vegas, Reno y Atlantic City sufren el desafío, aunque sea en otra dimensión, de Nintendo; General Motors, Ford, Chrysler, Volkswagen o Renault se ven apurados ante el empuje no solo de las empresas japonesas¹⁶ Nissan, Mitsubishi o Toyota, sino incluso de la coreana Daewoo.

Quienes piensen que la historia la escriben siempre los mismos protagonistas, no entienden una palabra de la historia. No se pueden hacer proyecciones fijas y lineales desde la base de situaciones actuales, sino que hay que interpretar en su justo valor los elementos nuevos que empiezan a surgir, para evaluar sus posibilidades de permanencia y su probable impacto en la evolución social. Por ejemplo, identificar a Estados Unidos con la cultura anglosajona puede haber sido verdad y seguramente lo es todavía, pero sería un grave error pensar extrapolar esa concepción hacia el futuro, sin reflexionar sobre la significación que tendrá el hecho del cambio de la composición étnica en la población norteamericana, que está llevando a la pérdida de la posición hegemónica de los anglosajones e incluso, de modo más general, de los de origen europeo. Sería ridículo ignorar el impacto cultural que va a tener en los Estados Unidos el hecho de que hacia el año 2010¹⁷ el grupo de los llamados “hispanos” va a ser la segunda minoría, e igualmente ridículo sería no tomar en cuenta el crecimiento espectacular de la población asiática, sobre todo, en este último caso, por los altos niveles que está consiguiendo en los terrenos cultural y tecnológico. En esa línea de razonamiento hay que empezar a considerar, qué efecto tendrán estos cambios culturales dentro de la sociedad norteamericana, al proyectarse hacia afuera y que vendrían a sumarse a los que tendrán las influencias culturales de otros países que también se están haciendo sentir a nivel global y penetran igualmente en los Estados Uni-

16 Una buena perspectiva de la globalización desde el punto de vista japonés, en Ian L. Robertson, *Japan's motor industry: en route to 2000 an assessment of its structure, its globalization, prospects and major strategies*. London: Economist Intelligence Unit, 1988: Aoki, Masahike. *Nihon kigyao guraobaruka no kenkyan: jaohao hisutemu kenkyau kathausu jinjal ikusei (The globalization of the Japanese firm)*, Koike Kazuo, Nakarani Iwao: PHP Kenkyaujo hen. Taokyao: PHP Kenkyaujo, 1989.

17 En 1998, Estados Unidos cuenta con la quinta población “hispana” en el mundo, según las cifras oficiales, que se quedan por debajo de la realidad. El censo de 1990 daba un total de 21.900.089 personas.

dos.

LA REALIDAD DE LA GLOBALIZACIÓN

Los análisis hostiles a la globalización generalmente vienen de países pequeños y medianos, que se consideran víctimas de un proceso que les parece orquestado en los centros de decisión de las grandes potencias. Son incapaces de ver que la explotación no se origina ahí, sino que está en la desigualdad entre las fuerzas económicas, como planteaban en su día los teóricos del tercer mundista. Si se va más allá de la superficie, pronto se advierte que la confrontación entre países ricos y pobres es una cortina de humo que pretende tapar la realidad de un esquema de dominación que desborda las fronteras, y en el que se dan fracturas crecientes entre ricos y pobres, tanto en los países desarrollados como en los en vías de desarrollo y alianzas transfronterizas y globales entre los sectores (¿por qué no clases?) dominantes.

Curiosamente, dado que los países pobres individualmente no tienen capacidad de resistencia frente a las fuerzas que los hostigan y que escapan a su control, la única posibilidad de neutralizarlas es mediante la acción conjunta y el establecimiento de reglas a nivel global, que además tengan una coercitividad global, cosa que solo puede suceder si se avanza en el proceso de globalización, para llegar a una institucionalización de sistemas sociales, a través de los cuales los pueblos tendrían una posibilidad de acción más efectiva. Todo lo demás es pura retórica, peligrosamente adormecedora.

Pero no debe creerse que la miopía política ante la globalización se encuentra sólo entre los países pequeños y medianos. Los grandes siguen también en la ilusión de que tienen bajo control a la economía mundial.

Los siete,¹⁸ se reúnen periódicamente con el fin de poner un poco de orden en la economía mundial, o al menos en las suyas propias. Generalmente, el efecto de sus decisiones, cuando consiguen ponerse de acuerdo, es sumamente limitado. No podría ser de otra forma, si consideramos la magnitud de las fuerzas en juego. Entre ellos, acumulan un PNB total del orden de los 18 billones¹⁹ de dólares,²⁰ que equivale prácticamente a dos tercios del total mundial, pero que equivale también a lo que se mueve en el mercado monetario internacional en un período

18 O7+1, cuando por lo que representa políticamente y quizás militarmente, se invita a Rusia, aunque su PNB quede por debajo de otros seis países (China, Brasil, España, Corea del Sur, Holanda y Australia), que quedan fuera de ese club de los poderosos financieramente. También vale la pena señalar que Canadá queda por debajo de China y de Brasil. Ver, *World Bank Atlas*. 1997, pp. 36-37.

19 En nuestro idioma, un billón es un millón de millones. La aclaración debiera ser innecesaria, de no ser por tanto analfabeto que anda suelto por ahí y mal traduce del inglés de los Estados Unidos, un billón por mil millones. No está de más recordar que en Inglaterra la acepción de esa palabra es la misma que en español.

20 Estados Unidos: 6.649.806; Japón: 4.963.587; Alemania: 2.253.343; Francia: 1.451.151; Reino Unido: 1.094.734; Italia: 1.088.085. Las cifras están en millones de dólares USA. *Ibidem*.

21 Al mismo tiempo, debe recordarse que los activos financieros mundiales se estiman en más de 41 billones de dólares y crecen más rápidamente que el producto mundial. Ver, Lowell Bryan y Diana Farrell, *Market Unbound: Unleashing global Capitalism*. New York: John Wiley & Sons, 1996.

de sólo doce días.²¹ Ello, sin contar con que el desarrollo de los medios electrónicos de comunicación facilita hoy la realización de transacciones a espaldas de los gobiernos, que ni siquiera se enteran de muchos movimientos de capitales, que en realidad no abandonan físicamente los países, pero que a través de órdenes cifradas se colocan a disposición de personas o empresas extranjeras y se crean con ello situaciones que afectan gravemente a las economías.²²

Considérese también el poder económico creciente de las empresas transnacionales, y sáquense las consecuencias respecto a su influencia política, que contra las super simplificaciones de algunos analistas ingenuos, no actúan como agentes de los intereses de las potencias hegemónicas. La realidad es mucho más preocupante, pues si actuaran como se dice serían más fáciles de controlar, ya que los gobiernos están sujetos a ciertos mecanismos de responsabilidad, como los parlamentos o, de un modo más informal, la opinión pública, mientras que las grandes corporaciones son empresas dirigidas de una manera autoritaria, y mediante mecanismos poco transparentes.

Hay que recordar que en la escala del poder económico, tomando como punto de comparación los activos frente al PNB de los países, una empresa ya aparece en séptimo lugar, después de China y con poca diferencia: el Banco de Tokyo-Mitsubishi con 696.477 millones de dólares, en comparación con 744.890 millones de China.²³

LA GLOBALIZACIÓN COMO PROBLEMA

Es indispensable reconocer a la globalización como una realidad que responde a una tendencia histórica y se deriva de las necesidades sociales. Nadie ha tenido el poder suficiente para ponerla en marcha, sino que es el resultado de una infinidad de fuerzas sociales, y nadie tiene el poder suficiente para detenerla, porque nadie puede ir contra la historia.

Lo que sí es cierto es que la globalización crea problemas nuevos, que no se pueden resolver con las fórmulas políticas de las que disponemos en estos momentos. Las posibilidades de control sobre la sociedad, por parte de los grupos económicos, son tan elevadas que es necesario y urgente pensar en los medios que pueden aplicarse para la defensa de los derechos esenciales de los pueblos.

Esos medios sólo pueden encontrarse en los mismos niveles en los que se mueven las

22 Ver Daniel Yergin y Joseph Stalislaw, *The Commanding Heights: The Battle Between Government and the Marketplace that is Remaking the Modern World*, New York: Simon & Shuster, 1998.

23 Otras grandes empresas: Deutsche Bank con 569.906; Crédit Agricole: Sumitomo Bank: 485.529; 477.335; Dai-Ichi Kangyo Bank: 453.797; Fuji Bank: 453.133; Sanwa Bank: 447.046; Sakura Bank: 441.109; HSBC Hondings: 401.667. En total, las quinientas empresas mayores del mundo tienen más de 33 billones de dólares de activos, una suma igual o superior al PNB mundial, al mismo tiempo que emplean a más de 35 millones de trabajadores. Cifra tomada de *Fortune*, 4 de agosto de 1997, Véase, Thomas Risse-Kappen (Editor), *Bringing Transnational Relations Back In: Non-state Actors, Domestic Structures and International Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

fuerzas transnacionales. Los patéticos intentos de quienes ofrecen como panacea las soluciones autárquicas, causarían risa, si no tuvieran la consecuencia trágica de dividir, aislar y debilitar la defensa de los pueblos, inermes ante los embates de las fuerzas que escapan al control de los gobiernos estatales.

Debe quedar bien claro, que no son las grandes potencias las más interesadas en la creación de instituciones globales, para asegurar la gobernabilidad. Ellas, aunque tampoco sean capaces de controlar a las fuerzas transnacionales, tienen al menos la posibilidad de neutralizar algunas de sus acciones, pero los países pequeños y medianos no tienen posibilidad alguna.

También se debe de reflexionar sobre las consecuencias de la inacción. El poder económico transnacionalizado lleva inevitablemente a la creación de estructuras de poder de carácter global. Además, se han ido generando valores comunes, en parte espontáneos y en parte impuestos por las fuerzas hegemónicas, que propician acciones internacionales que es ya imposible frenar. Muchos de esos valores son resultado de la toma de conciencia de la existencia de problemas generales, que no tienen soluciones al nivel de los gobiernos nacionales, o que aparecen cuando los pueblos asumen como propios, por razones de solidaridad, problemas hasta no hace mucho considerados ajenos. Entre ellos, los derechos humanos y una concepción de la democracia basada en la idea de igualdad y representación; la erosión del principio de no intervención, si ello significa tolerar los genocidios, simplemente porque se dan en el interior de un país; la conservación del medio físico, que interesa a todos, independientemente de las fronteras dentro de las que se cree el problema; las políticas demográficas, que pueden afectar y afectan gravemente a otros países, cuando el crecimiento demográfico supera las posibilidades de satisfacción de las necesidades vitales y provoca movimientos migratorios, que interfieren con la vida de otros países; las políticas de consumo de los países ricos, que dilapidan desproporcionalmente los recursos escasos del planeta, etc.

Ante la ausencia de planteamientos racionales a nivel global, testimoniamos un agravamiento de los problemas;²⁴ pero además, vemos el surgimiento de organizaciones que se dicen representantes de la sociedad civil, sin que (con las debidas excepciones) haya garantía alguna de representatividad, y que empiezan a mover también recursos económicos considerables, constituyéndose frecuentemente como plataformas, para individuos irresponsables que interfieren con el funcionamiento normal de los países.

Esta situación no puede continuar como hasta ahora, y ha llegado el momento de acciones serias, hacia la organización social que tome en serio el fenómeno inevitable de la globalización, con instituciones sólidas que ofrezcan soluciones. Esas instituciones (las intermedias, de carácter regional, pero sobre todo las de carácter global, y particularmente la Organización de Naciones Unidas que, pese a quien pese, sigue siendo la única esperanza de la humanidad) deben de tener una base democrática, para evitar el peligro de que sean instrumentalizadas por las

²⁴ El análisis de la crisis global lo hemos hecho con más profundidad en el libro *La Hora Decisiva* (3a. Ed.), México: Porrúa, 1995.

potencias dominantes. Es lamentable, aunque fuera previsible, ver como ha pasado el quincuagésimo aniversario de las Naciones Unidas sin que se hiciera un esfuerzo serio para actualizarla y devolverle la vitalidad que le falta. El error estuvo en los países medianos y pequeños, que dejaron el protagonismo de la reforma (o el bloqueo a la reforma) en manos de las grandes potencias, empeñadas en perpetuar los privilegios que heredaron de la segunda guerra mundial.

La gobernabilidad del planeta y con ello la supervivencia de los seres humanos, requiere una transformación profunda de las normas del derecho internacional y la modificación radical de las actuales instituciones, asumiendo si fuera necesario, la iniciativa para el abandono de las actuales y la creación de otras nuevas. La tarea no es fácil, pero no hay alternativa, si se quiere revertir el proceso de entropía del sistema internacional, que no deja lugar alguno para la esperanza.

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Jonathan Salvadoray^(*)

INTRODUCCIÓN

1. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (en adelante la “Convención Europea” o la “Convención”) preve expresamente la competencia de la Corte Europea para fallar sobre reparaciones en caso de violación de un derecho protegido. En su artículo 50 en efecto, la Convención Europea establece que:

Si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada.

2. Esta contribución en homenaje al Presidente Héctor Fix-Zamudio, antiguo presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene como objeto un análisis de la noción de pérdida de oportunidad¹(1) y de su reparación por parte de la Corte Europea de Derechos Huma-

(*) Licenciado en derecho, LL.M en derecho europeo. Miembro en un bufete de abogados en Berna, Suiza. Ex pasante del departamento legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (febrero - julio 1997). El autor quiere agradecer a Carlos Simón por sus valiosos comentarios y correcciones de sintaxis sin los cuales la realización de este estudio no hubiera sido posible.

1 La expresión francesa *perte de chance* refleja de una forma más precisa, en opinión del autor, el sentido del concepto, ya que se trata en realidad más de una “suerte” que de una oportunidad en el sentido estricto de esta última palabra.

nos(2).

3. El resarcimiento de cualquier perjuicio depende de su demostración. La víctima tiene en principio la carga de la prueba. Por parte del tribunal, la tarea consiste en evaluar las pruebas presentadas por la víctima. Esta evaluación presenta dificultades a veces insuperables. El concepto de pérdida de oportunidad presenta un caso de aplicación de la dificultad con la cual los jueces se encuentran a la hora de evaluar las pruebas que el interesado alega para demostrar la existencia de su perjuicio.

4. El concepto ha sido siempre reconocido por la doctrina, pero en el pasado ha sido a menudo considerado, a veces justamente, como una salida utilizada por jueces inseguros. Se estableció sin embargo poco a poco el concepto en la jurisprudencia de las distintas instancias judiciales tanto a nivel nacional como a nivel internacional, bajo una terminología no unificada, al igual que en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

5. El objetivo de este artículo es llamar la atención sobre la necesidad de tener en cuenta este tipo de perjuicio en la fase de reparaciones. La víctima de una violación tiene pues un derecho a la reparación total de su perjuicio. Aquí reside el interés principal de este estudio. La dificultad de la evaluación de la pérdida de oportunidad no puede conducir, tampoco en materia de derechos humanos, a su ignorancia.

1. EL CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

6. La noción de pérdida de oportunidad es a menudo diversa en la doctrina y la jurisprudencia internas, y es utilizada, algunas veces, por los tribunales para eludir las cuestiones que plantean los problemas de pruebas y de causalidad. El recurso a la noción de pérdida de oportunidad permite al juez tener en cuenta perjuicios ciertos cuya existencia el peticionario no está en condiciones de demostrar, no como podría ocurrir con otro tipo de perjuicios. La primera parte de este estudio empieza con un capítulo dedicado a la presentación del concepto (1.1.). El segundo tema de esta primera parte tiene como objeto diferenciar la pérdida de oportunidades de la noción de *lucro cesante*, dos nociones todavía a veces consideradas como sinónimas (1.2.). El tercer capítulo trata de algunas consideraciones sobre la evaluación de la pérdida de oportunidad (1.3).

1.1. *Presentación*

7. La pérdida de una oportunidad tiene un valor. La sociedad misma fija cotidianamente el precio de ciertos tipos de oportunidad, tal y como ocurre por ejemplo a través del sistema de seguros, cuyo funcionamiento depende de la posibilidad y de su precio, pese a que los riesgos asegurados presentan en realidad, en este campo, un bajo índice de probabilidad de realizarse. En efecto, ningún jurista consideraría, por ejemplo, la venta de un billete de lotería por un precio *x* como ilegal *per se*. Estos dos ejemplos demuestran que una oportunidad tiene un precio y que

su pérdida puede equivaler a un perjuicio. El carácter aleatorio de la existencia de la realización de la oportunidad no excluye su realidad, y la desaparición de la oportunidad de su materialización puede así representar un perjuicio.² La dificultad de la evaluación del perjuicio no debe constituir una objeción adicional a su reparación, ya que los tribunales no consideran, por lo general, la dificultad de la evaluación de un daño para rechazar su indemnización. Así lo demuestra, por ejemplo, la práctica de los tribunales en materia de resarcimiento del perjuicio moral. La evaluación en dinero de este último perjuicio presenta, en efecto, dificultades a menudo superiores a la evaluación de la pérdida de una oportunidad.

8. El autor explicará el concepto de pérdida de oportunidad a partir de la doctrina y jurisprudencia francesas. La noción de pérdida de oportunidad ha recibido una atención muy particular en este país. Según una concepción desarrollada por la jurisprudencia de los tribunales franceses, el perjuicio resarcible debe ser directo, lícito y cierto. El carácter directo del perjuicio se refiere en concreto a la relación de causalidad necesaria entre el hecho y el perjuicio y no tanto a la cuestión del resarcimiento del perjuicio. El carácter lícito del perjuicio no presenta dificultades particulares. Queda finalmente el carácter cierto de éste, que exige una explicación y una delimitación (1), ya que la pérdida de oportunidades representa un caso de aplicación de este concepto de perjuicio cierto (2).

1.1.1. *El carácter cierto de todo perjuicio resarcible*

9. Según LE TOURNEAU citando a MAZEAUD y TUNC, el perjuicio cierto es el que es verosímil hasta el punto de merecer un resarcimiento.³ Así, el carácter cierto del perjuicio debe ser relativizado. No se trata de demostrar una certeza sino una “*vraisemblance*”. El mismo autor propone una división triple entre el perjuicio actual, el perjuicio virtual y finalmente el perjuicio eventual.

10. Se habla de perjuicio actual cada vez que el perjuicio tiene lugar en su totalidad cuando el juez falla. El perjuicio futuro se divide en perjuicio virtual y eventual. El primero abarca todos los requisitos de la realización del perjuicio (perjuicio potencial) mientras que el último representa únicamente una expectativa (perjuicio hipotético). Aunque en la práctica tal diferenciación carece a veces de claridad, tiene una consecuencia primordial, ya que únicamente el perjuicio actual y virtual son considerados como ciertos y dan lugar a un resarcimiento. El perjuicio eventual no representa por su parte un perjuicio cierto.

1.1.2. *La pérdida de oportunidad es un perjuicio cierto*

11. La pérdida de oportunidad es un perjuicio cierto que puede definirse como “la desapari-

2 VINEY, Geneviève, “Traité de droit civil”, les obligations, la responsabilité: conditions, L.G.D.J. Paris, 1982, p. 342.

3 LE TOURNEAU, Philippe/CADIET, Loïc, “Droit de la responsabilité”, Dalloz, Paris, 1996, p. 184.

ción de la probabilidad de materialización de un evento favorable cuando esta oportunidad aparece suficientemente factible”.⁴ En cuanto a la cuantía del resarcimiento, hace falta subrayar que la reparación concierne sólo a la pérdida de la oportunidad misma, y no al resarcimiento del perjuicio ocurrido si la oportunidad se hubiera realizado. Así definida, la pérdida de oportunidad puede tomar la forma de un perjuicio actual (1) o futuro (2).

12. (1) En el primer caso, la víctima pretende la existencia de una oportunidad pese a que la comprobación del perjuicio ya no es posible. Un ejemplo clásico es el de la persona que exige el pago de una deuda en primera instancia, sin obtener un fallo a su favor, y no puede apelar la decisión por una falta cometida por su abogado al no cumplir el plazo para recurrir contra la decisión de primera instancia. El cliente pierde la oportunidad de obtener una decisión favorable. Por supuesto, los jueces, en el fallo sobre reparaciones por pérdida de oportunidad, no otorgarán normalmente, excepto en ciertos casos, un resarcimiento por considerar que la víctima habría ganado en el juicio de apelación. El autor repite aquí que el perjuicio no consiste en la materialización del suceso final pretendido, sino en la oportunidad de que éste pudiera llevarse a cabo. En esta oportunidad cabe, por definición, un componente aleatorio que impide que, alejando pérdida de oportunidad, el interesado consiga un resarcimiento total del suceso esperado.

13. (2) En el segundo caso, la pérdida de oportunidades tiene repercusiones en el futuro. La distinción teórica hecha arriba entre el perjuicio virtual, descrito como la prolongación cierta de una situación actual susceptible de una estimación inmediata que da lugar a indemnización, y el perjuicio eventual que no es considerado cierto y así indemnizable, no basta. Una teorización de la distinción parece casi imposible ya que el juez siempre debe tomar en cuenta, en su evaluación del carácter virtual o eventual del perjuicio, las particularidades del *cas d'espèce*. Una recopilación de la jurisprudencia de los tribunales civiles franceses ha permitido a los profesores LE TOURNEAU y CADIET dividir los casos en tres grupos: la pérdida de oportunidad de gozar de una situación más favorable (profesionalmente por ejemplo), la pérdida de oportunidad de curar o de sobrevivir (responsabilidad del médico) y finalmente la pérdida de oportunidad de obtener pensiones por alimentos a favor de los padres o de la pareja de la víctima.⁵

1.2. Pérdida de oportunidades y lucro cesante

14. Conviene aclarar que la pérdida de oportunidad no equivale al *lucrum cessans*. El *lucrum cessans* representa la ganancia que ha dejado de obtener la víctima. Ambas nociones representan un perjuicio cierto, pero respecto a la pérdida de oportunidad no se trata de evaluar la pérdida de la pretensión del peticionario, sino la pérdida de la oportunidad de conseguirla. Así, si el tribunal estimara la existencia del *lucrum cessans*, la indemnización habrá de ser equivalente al suceso que se debiera haber materializado en el curso normal de las circunstancias. El resarcimiento de un porcentaje del *lucrum cessans* reconocido no es posible y su evaluación obe-

⁴ LE TOURNEAU, Philippe/CADIET, Loïc, *op. cit.*, p. 186. Véase también, *inter alia*, Cámara criminal, 23 de febrero 1977, in Bull. crim, n° 73, p. 169.

⁵ LE TOURNEAU, Philippe/CADIET, Loïc, *op. cit.*, p. 188-191.

dece a las reglas comunes de la responsabilidad civil. Mientras que el *lucrum cessans* da lugar a dicha indemnización, salvo culpa de la víctima, la pérdida de oportunidad se limita a un resarcimiento que cubre un porcentaje equivalente a la posibilidad perdida de haber podido influir sobre el suceso. Este porcentaje depende del número de probabilidades que tenía el peticionario de conseguir la pretensión invocada. El número de probabilidades nunca puede equivaler a un 100% ya que se trata, como antes se ha mencionado, de la evaluación de una oportunidad necesariamente aleatoria. En consecuencia, el juez rechazaría cualquier indemnización si la oportunidad resultara ser ínfima.

15. Así entendido, el resarcimiento por pérdida de oportunidad consiste en una reparación total y no parcial del perjuicio. La suma otorgada representa sólo un porcentaje de la valoración del evento materializado. Es de resaltar que el peticionario demanda habitualmente el resarcimiento del *lucrum cessans* (100%) y no un porcentaje de este perjuicio en función de la probabilidad de su actualización.

1.3. *Algunas consideraciones sobre la valoración de la pérdida de oportunidad*

16. El trabajo del juez consiste teóricamente en evaluar el número de probabilidades que tenía la víctima de gozar de la ventaja invocada en ausencia de la violación probada. Por muy cierto que esta exigencia no sea sencilla de evaluar, si la oportunidad existía, el juez no puede rechazar un resarcimiento bajo pretexto de ausencia de prueba de la realización de la oportunidad. En el contexto de la Convención Europea existe una diferencia fundamental entre la evaluación de la pérdida de oportunidad en casos de violación de uno o varios derechos procesales (1) en comparación con otras violaciones del Convenio (2).

17. (1) Es necesario subrayar que en los casos de violación de un derecho procesal, el examen de la pérdida de oportunidad no equivale al examen de la causalidad entre el acto ilícito y el daño ocurrido. La violación de un derecho procesal protegido influye en efecto ineludiblemente la decisión final del tribunal, y eso constituye el perjuicio. La pérdida de oportunidad afecta a la evaluación del perjuicio y se coloca en estos casos por debajo de la cuestión de la causalidad. La causalidad está siempre dada, pero este hecho no significa por sí mismo que el juez deba tenerla en cuenta e indemnizar cualquier perjuicio invocado por el peticionario como consecuencia directa del derecho procesal protegido.

18. La Corte europea no tiene competencia para exigir un juicio nuevo en conformidad con todos los requisitos procesales que exige la Convención. Solo le queda así la posibilidad a la Corte de otorgar una indemnización.

19. La Corte europea suele, según los casos, considerar el juicio *per se* como una indemnización.⁶ Este modo de indemnización afecta sin embargo sólo al resarcimiento del daño moral.

⁶ Véase por ejemplo: Eur. Court H. R., Lala case, judgment of 22 September 1994, series A N° 297-A, p. 14-15, par. 37-38.

Aun si la pérdida de oportunidad puede constituir un daño moral, la gran mayoría de los casos que se presentan ante la Corte europea pretenden demostrar que la pérdida de oportunidad alegada tiene consecuencias materiales.

20. Exigir en estos casos del alegante la demostración completa de su daño equivaldría a la suposición de que una violación de un derecho procesal no tiene ningún efecto sobre el resultado del procedimiento. Una presunción de este tipo no parece compatible con el texto y el espíritu del artículo 50 de la Convención. El autor quiere añadir igualmente que este razonamiento no significa sin embargo que la violación del derecho a un proceso público o a una decisión en plazo razonable en un caso de asesinato por ejemplo deba coincidir necesariamente con la liberación del inculcado. Los jueces no deberían sin embargo cerrar la puerta a un resarcimiento bajo pretexto de una posible masificación del número de demandas.

21. (2) Como ya se ha mencionado, la indemnización por pérdida de oportunidad afecta a la evaluación del daño. En casos de violación de derechos procesales, la causalidad entre el daño ocurrido -la esperanza de un juicio más favorable- y el acto ilícito -la violación del derecho procesal protegido- está siempre dada. En los demás casos, el examen de la causalidad permanece necesario. Si no fuera así, el examen de la responsabilidad se efectuaría únicamente según la probabilidad de la responsabilidad del Estado como autor del daño. Una concepción así pondría nuevamente en cuestión las reglas comúnmente aceptadas en materia de responsabilidad civil.

2. LA PRÁCTICA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

22. La cuestión del resarcimiento por pérdida de oportunidad surge principalmente en casos de violación de derechos procesales como, *inter alia*, el derecho a una decisión judicial en un plazo razonable, el derecho a un defensor, el derecho a un recurso o a un juicio público. El primer capítulo de esta segunda parte trata así de desarrollar, según el concepto desarrollado en la primera parte, la práctica de la Corte europea en el resarcimiento de la pérdida de una oportunidad con la ayuda de algunos casos dentro los numerosos ejemplos con que cuenta la jurisprudencia de la Corte europea sobre la pérdida de oportunidad (2.1). A este primer capítulo sigue una presentación de algunos otros casos, no relacionados con violaciones de uno o varios derechos procesales, durante el examen de los cuales apareció la cuestión del resarcimiento de una pérdida de oportunidad (2.2).

2.1. En casos de violaciones de derechos procesales

23. Aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos apenas tuvo la oportunidad de fallar hasta esta fecha sobre supuestas violaciones de derechos procesales protegidos por la Convención Interamericana, se podrá comprobar seguramente en el futuro un desarrollo parecido al de la situación que prevalece en el sistema europeo en el que más de 50% de los casos se refieren a supuestas violaciones de derechos procesales.

24. En caso de violación de un derecho procesal protegido por el Convenio europeo, la víc-

tima siempre puede invocar, de manera general, que sin la violación comprobada, la decisión del juez nacional habría sido más favorable a sus intereses. Así, se daría siempre la relación de causalidad. Respecto a la indemnización por pérdida de oportunidad, la Corte tiene todavía que evaluar los perjuicios invocados por la víctima, dentro los cuales figuran a veces la pérdida de una oportunidad.

25. En el curso de esta evaluación se estudiará la cuestión del *onus probandi* y del grado de pruebas que es necesario para satisfacer a la Corte. En efecto, la naturaleza del daño invocado no permite a veces presentar pruebas suficientes para demostrar el alcance del perjuicio ocurrido o incluso su propia existencia. El Estado involucrado, como responsable de la violación convencional en el juicio sobre el fondo del asunto, debería soportar, en principio, las consecuencias de la ausencia de prueba satisfecha en cuanto a la pérdida de oportunidad invocada. Una sistematización de la inversión de la carga de la prueba en contra del Estado involucrado no parece constituir tampoco una solución adecuada. La práctica de la Corte debe sin embargo mostrar en estos casos cierta flexibilidad en favor de la víctima.

26. Es difícil, sino imposible, destacar en la jurisprudencia de la Corte europea principios desarrollados por los jueces para evaluar una pérdida de oportunidad. La Corte europea otorga incluso a veces un resarcimiento por pérdida de oportunidad sin que se pueda descubrir la razón por la cual la misma Corte rechaza cualquier indemnización en otro caso que parece similar.⁷ La Corte parece además utilizar a veces la imposibilidad de llevar a cabo la prueba del perjuicio como motivo para decretar una indemnización por pérdida de oportunidad y otras veces como motivo para rechazar cualquier resarcimiento del mismo daño. No existen, hasta la fecha, criterios fiables que adopte la Corte en la evaluación de la pérdida de oportunidad.

27. Si bien es de alabar la práctica de la Corte europea respecto al resarcimiento de la pérdida de oportunidad, parece necesario profundizar en el estudio de los razonamientos que utiliza la Corte para otorgar o rechazar una reparación por pérdida de oportunidad.

28. Se empezará con el caso *de Geouffre de la Pradelle contra Francia*, que constituye el único ejemplo en el cual, a parecer del autor, se puede determinar la suma exacta otorgada para el resarcimiento de la pérdida de oportunidad. El *Conseil d'Etat* francés había considerado contrario a la Convención, por ser extemporáneo, el recurso presentado por el peticionario, y había así confirmado la clasificación de un terreno, propiedad del peticionario y sobre el que quería edificar una mini-central hidroeléctrica, como zona protegida. En el examen del daño material invocado, la Corte rechazó especular sobre el resultado del procedimiento del recurso en ausencia de la violación comprobada, pero otorgó sin embargo por pérdida de oportunidad

⁷ Véase, por ejemplo, las comparaciones pertinentes hechas por DANNEMANN entre el caso Bricmont y Bönisch. DANNEMANN, Gerhard, "Schadenersatz bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention", Carl Heymanns Verlag KG, Köln,... , 1993, p. 269-270.

⁸ Eur. Court H. R., de Geouffre de la Pradelle judgment of 16 December 1992, series A N° 253-B, p. 44, par. 39.

la suma de 100.000 francos (17.514\$)⁸ al recurrente.

29. En el caso *Weeks*, la Corte había considerado probada la existencia de la violación del derecho del peticionario a recurrir contra la legalidad de una detención (5 § 4 CEDH). La Corte, en contestación al peticionario, sostiene lo siguiente respecto a la pérdida de oportunidad:

[t]he Court finds it impossible to state that the applicant would definitely have been released had such proceedings been available to him. On the other hand, it cannot be entirely excluded that he might have been released earlier and, in view of his age, might have obtained some practical benefit. Consequently, Mr Weeks may be said to have suffered a loss of opportunities by reason of the absence of such proceedings even if in the light of the recurrence of his behavioural problems the prospect of realising them fully was questionable. The claim for pecuniary loss cannot therefore be completely discounted.⁹

30. En estos dos casos, la Corte estima la imposibilidad de evaluar cuál hubiera sido la posición del peticionario sin la violación. Se puede decir que la Corte simplemente no quiere proceder a esta evaluación pero decide sin embargo otorgar un resarcimiento. No parece posible, de manera general, que la Corte evalúe la pérdida de oportunidad de cualquier peticionario sin proceder a un pronóstico retrospectivo consistente en comparar la situación actual del peticionario y su situación en ausencia de la violación. La Corte rechaza llevar a cabo este pronóstico quizás por falta de información precisa sobre los hechos, tal y como lo subraya DANNEMANN en su análisis, o para evitar una “ingerencia” en el derecho interno del Estado involucrado.¹⁰ Si este pronóstico retrospectivo implicara poner en tela de juicio las apreciaciones realizadas por los jueces del Estado involucrado, no equivaldría a una decisión de nulidad del juicio interno, que sería incompatible con los poderes que confiere la Convención a la Corte europea.¹¹ Pese a que la Corte ha rechazado a menudo proceder a un pronóstico retrospectivo, se pueden comprobar en su jurisprudencia algunos casos en los cuales sí lo hizo. Así, en el caso *Sramek*, por ejemplo, la Corte apunta que:

(t)he evidence in the file does not warrant the conclusion that had it been differently composed the Regional Authority would have arrived at a decision in Mrs. Sramek’s favour.¹²

31. Otro ejemplo lo constituye el caso *Goddi*, que es también el primero en el cual la Corte europea otorgó un resarcimiento por pérdida de oportunidad en el sentido anteriormente desarrollado. El abogado del peticionario no había podido beneficiarse de un plazo razonable para preparar la defensa en apelación de su cliente por falta de notificación inmediata de la decisión

9 Eur. Court H. R., *Weeks* judgment of 5 October 1988 (Article 50), series A N° 145-A, p. 9, par. 13.

10 DANNEMANN, *op.cit.*, p. 280.

11 Sobre la competencia de la Corte y sus límites véase, *inter alia*, Eur. Court H. R., *Pelladoah* case, judgment of 22 September 1994, series A N° 297 B, p. 36, par. 44; Eur. Court H. R., *Saïdi v. France* judgment of 20 September 1993, series A N° 261-C, p. 57, par. 46; Eur. Court H. R., *Belilos* case, judgment of 29 April 1988, series A N° 132, p. 33, par. 77; Eur. Court H. R., *Allenet de Ribemont* judgment of 10 February 1995, series A N° 308, p. 23, par. 63-65.

12 Eur. Court H. R., *Sramek* judgment of 22 October 1984, series A N° 84, p. 21, par. 46.

de la primera instancia por parte del tribunal. La Corte había así comprobado una violación del derecho a una defensa adecuada. En su fallo sobre reparaciones, la Corte otorgó un resarcimiento por pérdida de oportunidad sobre la base del siguiente razonamiento:

... the sentence imposed at first instance was substantially increased by the Bologna Court of Appeal; the outcome might possibly have been different if Mr. Goddi had had the benefit of a practical and effective defense. In the present case such a loss of real opportunities warrants the award of just satisfaction.¹³

32. La Corte decidió otorgar al señor Goddi la suma de 5.000.000 liras (3.025\$) por pérdida de oportunidad y daño moral.¹⁴

33. En los casos *Sramek y Goddi* la Corte ha procedido a este pronóstico retrospectivo y ha rechazado en uno, y respectivamente otorgado en otro, una indemnización por pérdida de oportunidad. La Corte puede así proceder a un pronóstico retrospectivo, cosa que debería poder realizar siempre que el peticionario alega una pérdida de oportunidad. El autor comparte la opinión de DANNEMANN según la cual el rechazo de la Corte a proceder a este pronóstico retrospectivo equivale a la suposición de que el procedimiento no habría sido diferente en ausencia de la violación convencional. Tal práctica presenta naturalmente una desventaja evidente para el peticionario.

34. En el caso *Colozza*, al peticionario no se le notificaron las acciones judiciales iniciadas contra él, pues el juez de instrucción no pudo localizarlo. El peticionario fue declarado en rebeldía y así condenado por estafa. La Corte europea estimó que no se podía concluir, en este caso, que el peticionario quiso evadir la justicia y constató así la violación del derecho a un proceso debido (6 § 1 CEDH). El peticionario murió sin embargo durante el procedimiento ante la Comisión. Su viuda reclamó, tanto para él como para ella, un resarcimiento del daño moral y económico padecidos. La Corte respondió a esta solicitud de la manera siguiente:

[w]hilst the Court cannot speculate as to the outcome of the trial had the position been otherwise, it does not find it unreasonable to regard Mr. Colloza as having suffered a loss of real opportunities To this has to be added the non-pecuniary damage undoubtedly suffered by him and by her widow.¹⁵

35. El autor de este artículo comparte la opinión de FROWEIN/PEUKERT según la cual nada justifica una conclusión diferente en este último caso en comparación con el caso *Sramek* citado anteriormente. En efecto, la posibilidad del señor *Sramek* de obtener una decisión favorable ante una justicia independiente parece igual a la del señor *Colozza*.¹⁶ El razonamiento se-

13 Eur. Court H. R., *Goddi* judgment of 9 April 1984, series A N° 76, p. 13-14, par. 35.

14 Eur. Court H. R., *Goddi* judgment of 9 April 1984, series A N° 76, p. 14, par. 36.

15 Eur. Court H. R., *Colloza and Rubinat* judgment of 12 February 1985, series A N° 89, p. 17, par. 38.

16 FROWEIN, Jochen/PEUKERT, Wolfgang, "Europäische Menschenrechtskonvention", 2a. edición, Kehl, Estrasburgo,..., 1996, p. 680.

guido por la Corte parece en ambos casos muy similar y habría debido conducir a una conclusión idéntica respecto al resarcimiento de la pérdida de oportunidad, sea bajo la forma de un rechazo o de un otorgamiento de una reparación.

36. La Corte europea explica claramente, en el caso *Eckle*, que la violación de un derecho procesal no significa sistemáticamente, en caso por ejemplo de detención, la liberación de la víctima y el resarcimiento de la oportunidad de gozar de las ganancias esperadas entre dicha posible liberación y la liberación efectiva. Los peticionarios -la pareja *Eckle*- habían alegado que, sin violación de su derecho a una decisión judicial en un plazo razonable, hubieran podido empezar sus actividades profesionales diez años antes y exigían, con cifras, los ingresos correspondientes. La Corte estimó sin embargo que:

[t]he Court's judgment of 15 July 1972, whilst pronouncing the length of the proceedings taken against the applicants to be unreasonable, did not in any manner hold, or carry the implication, that their prosecution, conviction or imprisonment were also in breach of the Convention. The sole matter to be taken into consideration is thus the prejudice possibly entailed by the fact of the two proceedings in question having lasted beyond a "reasonable time". Yet, the alleged financial losses of Mr. and Mrs. *Eckle* result from the very existence and outcome of the prosecutions brought against them. There is nothing in the evidence submitted to support the view that the asserted damage was attributable to the failure to comply with the requirement of Article 6.¹⁷

37. En el caso *Bönisch contra Austria*, la Corte sostiene el siguiente razonamiento:

The Court notes firstly that in the present case an award of just satisfaction can only be based on the fact that the applicant did not have, before the Austrian courts, the benefit of the guarantees of Article 6 § 1...¹⁸

38. La Corte repite aquí, a imagen del caso *Eckle*, la necesidad de limitarse a una evaluación del daño únicamente en relación con la violación comprobada, y concluye, *en l'espèce*, la ausencia de causalidad, como lo demuestra el pasaje que sigue:

However, the evidence available does not establish the existence of a causal link between the violation of the Convention and the deterioration in Mr. *Bönisch's* financial situation. Admittedly, the Court cannot speculate as to what the outcome of the two sets of proceedings would have been had the breach not occur.

39. La Corte estima sin embargo necesario subrayar lo siguiente:

Nevertheless, the Court does not exclude the possibility that the applicant suffered, as a re-

17 Eur. Court H. R., *Eckle* judgment of 21 June 1983 (Article 50), series A N° 65, p. 9, par. 20.

18 Eur. Court H. R., *Bönisch* judgment of 24 February 1995 (Article 50), series A N° 103, p. 8, par.

11. Esta referencia es válida también para las dos citas que siguen.

sult of the potential effects of the violation found, a loss of opportunities of which account must be taken, even if the prospects of realising them were questionable.

40. La Corte coloca claramente en el primer párrafo el *onus probandi* sobre el peticionario y estima insuficientes las pruebas presentadas por éste. A la luz de estas pruebas, la Corte concluye la ausencia de relación de causalidad entre la violación del derecho a un proceso debido y la deteriorización de la situación económica del peticionario, como lo hizo en el caso *Eckle*. La Corte decide, a pesar de todo, tomar en cuenta la pérdida de oportunidad del peticionario aunque la probabilidad de la realización del daño fuera dudosa. El caso *Bönisch* demuestra que la Corte puede otorgar, a veces, un resarcimiento aunque la probabilidad de la materialización del evento considerado le parezca muy pequeña.

41. La Corte europea parece aceptar, según los casos, el hecho de que la violación del derecho a un recurso adecuado representa una pérdida de oportunidad. En el caso *McMichael* por ejemplo, la Corte tuvo la oportunidad de precisar que:

it cannot be affirmed with certainty that no practical benefit could have accrued to them if the procedural deficiency in question had not existed.¹⁹

42. Es interesante mencionar aquí que la Corte propone la carga de la prueba sobre el Estado involucrado y no sobre la víctima como sucede en varios casos citados anteriormente. Así la Corte otorga, a veces, “automáticamente”, una reparación por pérdida de oportunidad si el Estado no puede presentar pruebas que demuestren que el resultado del procedimiento habría sido similar en ausencia de la violación procesal. Es de destacar finalmente que la cuestión de la pérdida de oportunidad está examinada por la Corte en el capítulo dedicado al daño moral. Este caso parece sin embargo constituir una excepción, ya que generalmente la pérdida de oportunidad forma parte del daño material.

2.2. *En caso de otras violaciones*

43. El caso *König* es el primero en el cual se expuso la problemática de la pérdida de oportunidad. La Corte había estimado excesiva la duración del procedimiento ante el tribunal administrativo. El Dr. *König* había presentado dos recursos. El primero, contra la retirada del permiso de explotación de su clínica, y el segundo contra la cancelación de la autorización de ejercer su profesión de médico. En su fallo sobre reparaciones la Corte apuntó lo siguiente:

Such a state of affairs is likely to have led Dr. König to defer unduly, in view of his age, the search for an alternative career. This factor must be taken in account by the Court, even though it has not been established that openings for adaptation to another profession were available to Dr. König. In addition, the inordinate protraction of the proceedings relating to the running of the clinic in all probability prejudiced the applicant in prompting him to

19 Eur. Court H. R., *McMichael v. the United Kingdom* judgment of 24 February 1995, series A N° 307-B, p. 59-60, par. 103.

20 Eur. Court H. R., *König* judgment of 10 March 1980 (Article 50), series A N° 36, p. 17, par. 19.

postpone the sale or lease of the clinic and thereby to let pass certain opportunities or possibilities.²⁰

44. La Corte otorgó, en resarcimiento de la pérdida de oportunidad y del daño moral, la suma total de 30.000 marcos (17.752\$).²¹ El autor comparte el análisis de DANNEMANN que estima que este caso no se refiere directamente a la influencia de una garantía procesal sobre el resultado del procedimiento, sino a daños posibles cuya existencia o evaluación el Dr. König no pudiera probar. Respecto a la carga de la prueba, la Corte señaló que:

it is in fact an extremely difficult matter to identify with precision the prejudice suffered as a result of the undue length of the domestic proceedings. Although applicants should as a rule quantify their claims, the Court would be failing to pay proper regard to the principle of equity imposed by Article 50 were it not to take into consideration the problems confronting Dr. König in this respect. Accordingly, the Court did not deem it appropriate to have Dr. König called on to plead the exact amount of reparation he was claiming.²²

45. Tal afirmación constituye sin embargo una excepción en la jurisprudencia de la Corte y no ha dado lugar a otra resolución similar. Es igualmente sorprendente que los peticionarios no hayan alegado esta jurisprudencia más a menudo para justificar sus dificultades al presentar pruebas para obtener reparación de su pérdida de oportunidad.

46. La Corte europea consideró, en el caso *Lingens contra Austria*, la condena por difamación del recurrente, periodista y redactor jefe de una revista, como violadora del derecho a la libertad de expresión (10 CEDH). El señor Lingens exigió en consecuencia el resarcimiento de los gastos de publicación del fallo de la Corte austriaca en su revista. Respecto a esta reparación, la Corte apuntó lo siguiente:

The Court cannot speculate on the amount of profit Mr. Lingens might have derived from any paying advertisements that might have been put in the magazine in place of the judgment of 29 October 1981. But it does not rule out that the applicant may thereby have suffered some loss of opportunity which must be taken into account. There are also the costs indisputably incurred for reproducing the judgment in question.²³

47. A juicio del autor, no se trataba en este caso por parte de la Corte de especular sobre cualquier tipo de ganancia, sino determinar el precio de uno o varios anuncios del tamaño del texto del juicio. Esta exigencia no parece insuperable por la Corte en el *cas d'espèce*. Existen otros casos en los cuales tal determinación no puede efectuarse con tanta "facilidad" y en los cuales el rechazo de especular constituye, a primera vista, la mejor respuesta. Se citará en esta catego-

21 *Ibid.*

22 Eur. Court H. R., König judgment of 10 March 1980 (Article 50), series A N° 36, p. 16, par. 19.

23 Eur. Court H. R., Lingens judgment of 8 July 1986, series A N° 103, p. 29, par. 51. En otro caso similar, la Corte rechazó el resarcimiento de los gastos de publicación ya que el peticionario no era el propietario de la revista sino solamente un periodista, véase Eur. Court H. R., Oberschlick case, judgment of 22 November 1990, series A N° 204, p. 28-29, par. 67.

ría el caso *Sporrong and Lönnroth contra Suecia*.

48. En este último caso, el gobierno sueco había gravado la propiedad de los peticionarios con una expropiación de 18 y 3 años respectivamente, así como con una prohibición de construir. La Corte, en su fallo principal, consideró estas medidas violadoras del artículo 1 del Protocolo I (derecho a la propiedad).

49. En su fallo sobre reparaciones, la Corte empezó por señalar que los valores de las propiedades entre la fecha de la expropiación y la de su expiración permanecieron casi idénticos y no demostraban así la existencia de un *damnum emergens*. Sin embargo la Corte estimó que no era éste el caso para el período de tiempo transcurrido dentro de las fechas consideradas.

50. Los perjuicios comprendían la limitación del uso de los bienes (nueva construcción, dificultades para lograr préstamos hipotecarios, depreciación del inmueble durante el período) y como pérdida de oportunidad, la impracticabilidad de cualquier proyecto de renovación aun si la perspectiva de realización hubiera sido dudosa.²⁴

51. El siguiente comentario de la Corte en este caso muestra claramente su dificultad a la hora de proceder a la evaluación de la pérdida de oportunidad:

[t]he assessment of the damage suffered presents particular difficulties on this occasion and is thus very problematical ... they arise above all from the virtual impossibility of quantifying, even approximately, the loss of opportunities.²⁵

52. El recurso a las nociones de equidad y de apreciación global constituyen para la Corte la única manera de determinar el daño ocurrido. La Corte decidió otorgar la suma de 800.000 SEK (106.525\$) a los herederos del señor Sporrong y 200.000 SEK (26.632\$) a los del señor Lönnroth por los daños citados, así como por el daño moral causado.²⁶

53. Ningún juez tiene un conocimiento exhaustivo de los aspectos de la vida social, siendo esta afirmación todavía más válida para los jueces de Estrasburgo, que confrontan casos provenientes de toda Europa, con la diversidad que ello implica. Parece así deseable que cada vez que la determinación del perjuicio (sea una pérdida de oportunidad o cualquier otro perjuicio) requiera conocimientos que, como en el caso *Sporrong and Lönnroth*, los jueces no dominan, estos recurran a peritos. Ellos habrían podido evaluar, en el último caso citado, la suma exacta del perjuicio y evitar a la Corte deber pronunciarse únicamente de una manera global y en función del principio de equidad.

24 Eur. Court H. R., *Sporrong and Lönnroth* judgment of 18 December 1984, series A N° 88, p. 13, par. 25.

25 Eur. Court H. R., *Sporrong and Lönnroth* judgment of 18 December 1984, series A N° 88, p. 13-14, par. 27.

26 Eur. Court H. R., *Sporrong and Lönnroth* judgment of 18 December 1984, series A N° 88, p. 15, par. 32.

54. La garantía de la propiedad, prevista en el artículo 1 del Protocolo I a la Convención, presenta a menudo, en la fase sobre reparaciones, la cuestión controvertida del valor del bien afectado. La Corte suele diferir su fallo sobre reparaciones y requiere de las partes la elección, de común acuerdo, de expertos para la evaluación del bien litigioso. Lo hizo, por primera vez, en el caso *Papamichalopoulos contra Grecia*.²⁷ La Corte Permanente de Justicia Internacional lo hizo ya, por su parte, en 1927 en el caso *Usina de Chorzów*, durante el cual afirmó por primera vez claramente también el principio de la reparación.

3. CONCLUSIÓN

55. Este estudio sobre la pérdida de oportunidad termina con una referencia a una decisión de la Corte Permanente Internacional de Justicia de 1927. Un fallo de 1927 carece, a primera vista, de cualquier utilidad cuando el jurista aborda la cuestión reciente de la reparación de la pérdida de oportunidad y sus límites. Sin embargo es precisamente en casos de este tipo donde decisiones sentadoras de principios guardan toda su importancia y funcionan como *gardes fous*. Pese a ello, los tribunales no pueden negar la necesidad de proceder, según los casos, a un examen de la posible pérdida de oportunidad y otorgar un resarcimiento cada vez que se compruebe su existencia.

56. La cuestión del resarcimiento de la pérdida de oportunidad abre la discusión sobre los límites de la responsabilidad. La dificultad de su evaluación no debe conducir sin embargo a su negación o a una práctica arriesgada. La Corte europea ha encontrado poco a poco salidas, sin poder sin embargo desarrollar criterios fiables a la hora de evaluar la pérdida de oportunidad. El riesgo de apartarse de estas tendencias parece sin embargo pequeño en comparación con la exigencia de una reparación total del perjuicio que cualquier víctima sufre como consecuencia de una violación de derechos humanos.

²⁷ Eur. Court H. R., *Papamichalopoulos and others v. Greece* judgment of 24 June 1993, series A N° 260-B, p. 72.

LA LLAMADA “CENSURA PREVIA JUDICIAL” Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

CONSIDERACIONES A PARTIR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Pedro Serna^(*)

1. PLANTEAMIENTO

El propósito del presente trabajo es mostrar una consecuencia particular de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH, salvo cuando se citen textos ajenos), concretamente la modificación del régimen constitucional de la libertad de prensa en Argentina;¹ de manera más específica, se estudiará la viabilidad constitucional de las prohibiciones judiciales de publicar, la mal llamada censura previa judicial. Para ello, convendrá estructurar nuestras reflexiones en los siguientes apartados. En primer lugar, se examinará someramente el régimen constitucional argentino de la libertad de prensa. A continuación se estudiará el tema en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, con objeto de comprobar las diferencias entre ambas regulaciones. Finalmente se efectuarán algunas consideraciones acerca del alcance de la incorporación del Pacto de San José al Derecho argentino.²

(*) Profesor Titular de Teoría del Derecho de la Universidad de La Coruña (España). Investigador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra (España), y director de las revistas *Persona y Derecho* y *Humana iura*. El autor agradece los valiosos comentarios y sugerencias de sus colaboradores J. Cianciardo y P. Zambrano (Universidad de Navarra).

1 La expresión “libertad de prensa” sigue siendo empleada por la doctrina argentina, aunque cada vez más se habla de “libertad de expresión”, término que resulta más adecuado, tanto porque se extiende a un ámbito más amplio que el de la prensa, como por su mayor precisión. En efecto, “libertad de expresión” expresa mejor la vinculación del derecho no tanto con la actividad o el medio como con el sujeto a quien se le reconoce.

2 El presente trabajo debe mucho al libro, en proceso de publicación, de F. Toller, *Derecho a la tu-*

2. LA REGULACIÓN GENERAL DE LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL DERECHO ARGENTINO

La principal disposición sobre el tema sustantivo que nos ocupa se encuentra en el art. 14 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), superviviente del texto de 1853, anterior a la reciente reforma de 1994. Este origen explica en buena medida lo arcaico de la formulación lingüística:³

Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber:... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...

El reconocimiento de este derecho se completa con la prohibición de la censura previa que se consagra explícitamente en el art. 32 CN:

El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

Un problema planteado por la práctica y por la doctrina es si el alcance de la interdicción a la censura previa es o no absoluto, en el sentido de si se extiende también a eventuales

tela judicial y libertad de prensa. Estudio comparado de la prevención judicial del daño derivado de informaciones (Pamplona, 1997). Se trata de una tesis doctoral elaborada bajo mi dirección en la Universidad de Navarra, y leída en 1997, que obtuvo por unanimidad la máxima calificación. Dejo constancia de mi deuda completa con su autor, aunque adelanto que mi posición en el tema específico objeto de este trabajo es diferente de la que él sostiene, como se verá.

3 En efecto, pareciera que carece de reconocimiento constitucional la protección de la libertad de expresión por medios diferentes de la prensa. Ante esta laguna, Bidart Campos ha propuesto una extensión analógica del principio jurídico constitucional regulado en el art. 14. Cfr. G. J. Bidart Campos, *Tra-tado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, nueva edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, EDIAR, 1995, pp. 397 ss. Como recuerda Bidart, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acogió esta interpretación extensiva claramente en el fallo recaído sobre *Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S. A.*, de 11-12-1984, Fallos 306:1892 (1985): “Las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidos en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de nuevas técnicas de difusión e información -cine, radio, televisión-, obligan a un reexamen de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio y televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido y la imagen; y el derecho social a la información...” (cons. 7; la sentencia ha sido reproducida también, entre otros lugares, en J. Miller, M. A. Gelli y S. Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991, tomo 2, pp. 976-993, de donde transcribo. La cita, en p. 980. En el mismo sentido, cfr. *Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos 310:510 (1987), transcrita asimismo en J. Miller, M. A. Gelli y S. Cayuso, *Constitución y derechos humanos*, cit., tomo 2, pp. 1008-1022. Cfr. especialmente cons 4 (p.1009).

prohibiciones *judiciales* de publicar llevadas a cabo para proteger ciertos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, al honor, a la intimidad, o a un juicio justo; o bienes públicos, como la seguridad nacional o la administración de justicia. Dichas prohibiciones constituirían una de las formas específicas de tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, esto es, una de las formas de ejercicio de otro derecho fundamental, pilar del estado de Derecho. No es posible ahora abordar la cuestión de la legitimidad de tales interdicciones judiciales y sus eventuales requisitos.⁴ El propósito de estas líneas no va más allá de examinar si son posibles a tenor de la regulación constitucional de la libertad de expresión en Argentina.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema parece admitir que “la censura previa” comprende todo acto previo, incluso judicial.⁵ Por su parte, el sector mayoritario y más destacado de la doctrina se inclina también en esta dirección,⁶ aunque no faltan algunos estudios que admiten la posibilidad de interdicciones judiciales a la prensa.⁷

Entre los trabajos que pueden agruparse en esta última corriente doctrinal destaca el estudio reciente de Toller, cuyos argumentos son los siguientes:

a) Aunque los derechos y libertades consagrados por el texto constitucional deben interpretarse de modo no restrictivo, no puede olvidarse que el constituyente de 1853 y 1860 se dirigió claramente contra la censura previa administrativa.⁸

b) Los arts. 14 y 32 CN no impiden las interdicciones judiciales a la prensa, sencillamente porque estas no son censura previa.⁹

4 Aquí no se plantearán cuestiones de lege ferenda, o de axiología constitucional, sino que nos limitaremos a un determinado régimen jurídico-positivo, a saber, el Derecho argentino. En general, a los efectos de este trabajo doy por supuesta la licitud de las interdicciones judiciales previas en ciertos supuestos y bajo ciertas condiciones, y me adhiero a las conclusiones del excelente trabajo de F. Toller, *op. cit.*, *passim*.

5 *Cfr.* los fallos citados en F. Toller, *op. cit.*, p. 737, nota 203. Como señala Toller, en *op. cit.*, p. 754, el tema concreto de las prohibiciones judiciales de publicar sólo ha llegado a la Corte Suprema en dos ocasiones, los casos *Verbitsky*, en Fallos 312:916 (1989); y *Servini de Cubría*, en Fallos 315:1961 (1992), este último muy discutido, a nuestro juicio sin mérito. Toller admite que, en rigor, no es posible conocer a partir de ellos cuál sería la posición de la Corte sobre el tema. En el primero, el alto Tribunal eludió pronunciarse sobre el fondo al haber sido revocada la prohibición en segunda instancia; y en el segundo se produjo una dispersión muy acusada de votos (sólo tres jueces votaron de manera conjunta, otros tres aprobaron el fallo individualmente por su propio voto, y otros tres se pronunciaron parcialmente en disidencia, cada uno por sus propios fundamentos), que impide considerarlo seriamente como un *leading case*. Es de esta opinión G. J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, *cit.*, p. 406.

6 *Cfr.*, además de los trabajos mencionados por F. Toller, *op. cit.*, pp. 738-739, nota 206, G.J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, *cit.*, p. 405; y N.P. Sagüés, “La censura previa judicial a la prensa. Problemática constitucional”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXVII, 1988, pp. 99-115.

7 *Cfr.* los trabajos citados en F. Toller, *op. cit.*, nota 207, p. 739.

8 *Cfr.* F. Toller, *op. cit.*, pp. 739-740.

9 *Ibid.*, p. 740. En apoyo de esta opinión acude al trabajo del Juez R. C. Barra, “La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en *La Ley*, diario del 20 de mayo de

c) Incluso en el caso de que fuesen consideradas como censura previa, no se sigue necesariamente la inconstitucionalidad de las interdicciones judiciales, pues los derechos reconocidos en el art. 14 CN se ejercen “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. De esta suerte, no sólo no sería inconstitucional, sino que debería considerarse bastante razonable una regulación legal que admitiese las interdicciones judiciales en orden a compatibilizar, sin restringir ni suprimir, la libertad de expresión con otros derechos y bienes públicos de naturaleza constitucional, especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁰

d) No obstante lo anterior, para Toller la aplicación del régimen constitucional de la censura previa a las interdicciones judiciales equivale a cercenar la exigencia de “afianzar la justicia” establecida en el Preámbulo de la Constitución.¹¹

e) La libertad de prensa no es absoluta, como ninguno de los derechos constitucionales.¹²

f) Si la misma censura administrativa está permitida en los casos de estado de sitio, parece razonable que, en casos concretos y apropiados pueda el poder judicial prohibir un peligro grave exterior e interno, sin un mecanismo sistemático de control y con criterios jurídicos.¹³

El valor de los argumentos que acaban de exponerse parece desigual. En mi opinión, no resulta demasiado concluyente el último de los expuestos, al menos en la forma en que se trata de argumentar, pues el estado de sitio difiere notablemente de una situación ordinaria en que, en él la amenaza a la seguridad exterior no sólo es actual e inminente, sino generalizada. En ese caso no basta con la censura judicial precisamente porque el riesgo es generalizado, y tal vez por eso se legitima el sistema de control previo administrativo. Al no ser éste el estado de cosas que cabe pensar en una situación ordinaria, el argumento analógico no puede aquí construirse con coherencia. Dicho de otro modo, la circunstancia que legitima el régimen de censura previa administrativa en caso de guerra origina una vulnerabilidad general que no existe en circunstancias ordinarias y, por tanto, no queda necesariamente justificada la interdicción previa judicial para estas últimas aunque lo esté la censura para la primera. Sobre el carácter no absoluto de la libertad de prensa cabe decir que no basta para convertir en constitucionalmente aceptable la llamada censura previa judicial.

Pero en realidad los dos argumentos anteriores parecen más bien *obiter dicta* en el planteamiento de Toller. De mayor interés resultan los restantes expuestos por este autor. En concreto, es inobjetable que las diferencias entre la censura previa administrativa y la prohibición judicial de publicar son de tal calibre que no es posible considerar a ésta última como una especie de la censura previa. No se trata en absoluto de dos especies de un género común deno-

1994, p. 3.

10 Cfr. F. Toller, *op. cit.*, pp. 741-742.

11 *Ibid.*, pp. 742 y 753.

12 *Ibidem.*

minado “censura previa”.¹⁴ Por tanto, desde el punto de vista técnico-conceptual, la interdicción judicial no es censura previa.

También debe admitirse la pertinencia del argumento que apunta a la necesidad de armonizar la libertad de expresión con el derecho a la tutela judicial y, mediatamente, con los derechos sustantivos a la vida, honor, intimidad, juicio justo; y con la protección de bienes públicos como la seguridad o la administración de justicia. En efecto, en la medida que la tutela judicial preventiva puede resultar el medio más idóneo para conjurar daños graves e irreparables a los bienes y derechos citados, negar esta posibilidad supondría actuar en el sentido contrario al objetivo de “afianzar la justicia” establecido en el Preámbulo constitucional, pues impediría actuar contra cierta clase de acciones y situaciones injustas.

De la combinación de ambos argumentos se desprende la constitucionalidad de las interdicciones judiciales preventivas. Si éstas no son censura previa no pueden considerarse prohibidas por la regla del art. 14; y si constituyen en ciertos casos el único medio para obtener una solución justa a eventuales “conflictos” entre derechos o entre derechos y otros bienes de rango constitucional, pueden considerarse como permitidas tácitamente en virtud del Preámbulo constitucional.¹⁵ Lo anterior debe completarse considerando la necesaria interpretación teleológica y sistemática de los derechos, que impide calificar como ejercicio de los mismos a los actos que lesionen otros derechos o bienes.¹⁶

Si se acepta lo anterior parece innecesario determinar, como trata de hacer Toller, si sería constitucional una ley que admitiese las interdicciones judiciales previas en los casos de referencia, pues la aceptabilidad de tales medidas queda establecida *ex constitutione*.

Por lo que se refiere a la determinación de la *voluntas legislatoris* que se efectúa, tampoco parece necesaria, y puede resultar perturbadora. En efecto, el texto constitucional argentino es antiguo (cerca de siglo y medio) y demanda más bien una interpretación evolutiva, dinámica, que lo acerque a la realidad de nuestros días, que una interpretación histórica, que apuntaría a una realidad de perfiles muy distintos a los del mundo actual. Si se opta por la evolutiva, además de construirse una ciencia constitucional más moderna, se adoptará el concepto técnico de censura previa, al igual que sucedería si se recurriese a la interpretación histórica, y se podrá excluir más claramente de la misma a la interdicción previa judicial, concepto éste que, al ser actual, no es posible hallar en la ciencia jurídica ni en la legislación de la época en que fue redactado el precepto y formulada la *voluntas legislatoris*.

13 *Ibid.*, p. 743.

14 Resulta absolutamente contundente la demostración llevada a cabo por Toller en este sentido, en *op. cit.*, pp. 773-824.

15 Escribo “conflictos” entre comillas por las razones que expongo en P. Serna, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, *Humana iura* 4 (Pamplona, 1994), especialmente pp. 223-234.

Sin embargo, lo dicho hasta ahora no permite todavía despejar una última incógnita, que se expondrá a continuación. Admitida la aceptabilidad constitucional de las prohibiciones judiciales en tutela preventiva de ciertos derechos cuando esto sea un medio para “afianzar la justicia”, queda pendiente saber si tales facultades judiciales vienen no sólo permitidas por el ordenamiento constitucional, sino también exigidas. La cuestión dista mucho de ser teórica, o intrascendente. En efecto, la aceptabilidad de tales medidas no está establecida por ningún precepto explícito, sino que se puede inferir de combinar el concepto técnico-restringido de censura previa, al que se llega tanto en virtud de una interpretación histórica como de una interpretación evolutiva; con el precepto de “afianzar la justicia”. Lo primero permite establecer la no-prohibición de las medidas objeto de nuestro estudio, mientras que el segundo precepto sirve como base para considerarlas autorizadas en la medida que impone un mandato constitucional, en tanto se juzgue que la solución justa de ciertos casos o grupos de casos puede venir de la mano de tales remedios judiciales. La existencia de otros derechos fundamentales en juego, en especial el derecho a la tutela judicial, sometidos a un riesgo de violación o daño, constituye el fundamento remoto del problema que aquí se maneja, la razón por la cual se deriva la injusticia cometida a través de la libertad de expresión. Pero el fundamento inmediato de la mencionada aceptabilidad proviene de un precepto expresado en forma positiva (“afianzar la justicia”) que, precisamente por eso, y por el carácter omnicompreensivo del concepto de justicia, no deja de ser genérico. Además, el verbo “afianzar” alude con claridad a una tarea positiva y necesariamente abierta. “Afianzar la justicia” no significa, pues, la imposición forzosa de un conjunto de deberes concretos a los poderes públicos, sino más bien el establecimiento de una línea programática. Además, en la medida que se trata de un precepto positivo y programático, tampoco aparece de modo necesario como comprometiendo a la Constitución con ningún acto o precepto no expresamente contenido en ella.¹⁷ Por ello, si los poderes públicos deciden excluir determinados remedios o técnicas de protección de los derechos fundamentales, optando por otros, su decisión no será necesariamente inconstitucional. El hecho de que el ordenamiento jurídico prohíba ciertos remedios o técnicas que favorecerían resultados más justos que los actuales no lo convierte en un ordenamiento injusto, o inconstitucional, sino simplemente en un ordenamiento que realiza de modo imperfecto el mandato de afianzar la justicia, o que ha optado por otorgar prioridad a otras realizaciones posibles del precepto. El precepto genérico del Preámbulo excluye las decisiones legislativas o judiciales injustas, pero no aquellas que realizan imperfectamente la justicia, ni tampoco las que la realizan en menor medida que otras por las que no se opta en un determinado momento. En rigor, no puede ser de otro modo, pues ningún Estado puede asumir como fin propio la realización perfecta de la justicia. Conjurar absolutamente toda forma de injusticia exigiría un cúmulo tal de intervenciones sobre la vida de los ciudadanos que la libertad de los mismos quedaría imposibilitada prácticamente por completo. Por eso, ante la posibilidad de que la conducta libre de los ciudadanos pueda lesionar los derechos de ter-

16 Sobre este punto he escrito en el art. *cit.* en nota anterior, *loc. cit.*

17 Con la expresión “programático” no se quiere significar que no sea operativo, que no se trate de un verdadero precepto. En efecto, esa referencia del Preámbulo tiene carácter operativo en el Derecho argentino. *Cfr.* G. J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo I, *cit.*, pp. 104-106. El problema es que, al tratarse de una norma tan abierta no puede imponer un conjunto cerrado

ceros, al Estado no se le exige necesariamente que ponga todos los medios a su alcance para prevenir este tipo de actuaciones y afianzar, en consecuencia, la justicia; antes bien, en ocasiones la actuación estatal podría causar daños mayores a esos mismos derechos, y será entonces preferible sancionar estos comportamientos *a posteriori*, buscando reparaciones más imperfectas del daño causado, pero evitando a la vez los daños que una justicia perfecta obligaría a infligir.

Lo anterior tiene sentido si se considera que un sistema de tutela preventiva, aunque sea judicial, también comporta riesgos para la libertad de expresión. No siendo capaz el Estado de prevenir toda forma de conducta injusta, ni siendo aconsejable intentar tal objetivo, en muchas ocasiones se tratará de elegir entre los diferentes riesgos a que debe someterse una comunidad jurídica, es decir, se tratará de elegir entre ciertos abusos cometidos a través de un ejercicio aparente de la libertad de expresión, y los riesgos de limitar ésta última a manos de un poder judicial que puede no ser tan independiente como sería de desear.

Con esto se pretende mostrar que una legislación u ordenamiento con ciertas imperfecciones en la protección y garantía de los derechos fundamentales no es necesariamente injusto, siendo en ocasiones preferible a otros más “perfectos” o previsores. Si se acepta esto se comprenderá por qué el imperativo de “afianzar la justicia”, aun sirviendo de base para aceptar la tutela judicial preventiva ante la prensa, no excluye la posibilidad de prohibirla, y no convierte en inconstitucional -en Argentina- a una norma que eventualmente la impida. Eso es lo que sucede precisamente con la CADH, que después de 1994 ha adquirido rango constitucional en Argentina, y cuyas disposiciones en la materia procede analizar a continuación.

3. LA INTERDICCIÓN DE LA CENSURA PREVIA EN EL PACTO DE SAN JOSÉ

3.1. Los textos de la Convención

Las normas relativas a la materia objeto de este estudio que cabe hallar en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se encuentran contenidas en el art. 13 CADH, donde se establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa, con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

La redacción de este precepto, significativamente más precisa y de mayor calidad técnica que los textos de la CN argentina, deja menos lugar a dudas que el citado texto constitucional. Por causas que no procede ahora examinar, no existe sentencia alguna de la Corte Interamericana sobre el particular. Sólo hay dos textos jurisprudenciales en los que se confirma que la interpretación de los órganos del sistema interamericano es la sugerida por la literalidad del precepto. Serán examinados aquí por orden cronológico.

3.2. *La interpretación de la Corte Interamericana: la Opinión Consultiva OC-5/85*

El primero de los textos es la Opinión Consultiva OC-5/85, donde la Corte se pronuncia sobre la colegiación obligatoria de periodistas, tema a propósito del cual efectúa una interpretación de los arts. 13 y 29 de la Convención.¹⁸ En primer lugar, tras haber resuelto la cuestión de admisibilidad de la consulta -formulada por el Gobierno de Costa Rica- la Corte inisiste en las dos dimensiones, individual y colectiva, que tradicionalmente se asignan a la libertad de expresión (n. 30), en sus exigencias respectivas (nn. 31 y 32), y en la necesidad de garantizarlas simultáneamente (n. 33). A continuación se ocupa del problema de las restricciones a la libertad de expresión, recordando que la Convención permite ciertas formas de restricción a este derecho. Por lo que interesa a nuestro tema, señala la Corte lo siguiente:

a) Las restricciones a la libertad de expresión sólo son compatibles con la Convención si se dirigen a asegurar los fines legítimos establecidos en el art. 13.2.

b) La censura previa queda prohibida en todo caso, y a ella se equipara toda medida preventiva:

...En esta materia, toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.

de comportamientos positivos.

18 Cfr. Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana-*

39. El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Aun en este caso, para que tal responsabilidad pueda establecerse válidamente, según la Convención, es preciso que se reúnan varios requisitos, a saber:

- a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas.
- b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley.
- c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas. Y
- d) Que esas causales de responsabilidad sean “necesarias para asegurar” los mencionados fines.

Todos estos requisitos deben ser atendidos para que se dé cumplimiento cabal al artículo 13.2.

c) La Corte reconoce la inspiración del precepto en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las analogías con el art. 10 de la Convención Europea, que transcribe literalmente en el n. 43, para señalar a continuación (n. 45), que

En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana, al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa.

Finalmente, señala (n. 50) lo siguiente:

La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al minimum las restricciones a la libre circulación de las ideas.

De lo expuesto conviene ahora retener dos conclusiones principales. En primer lugar, en opinión de la Corte lo prohibido no es sólo la censura previa, sino cualquier medida de carácter preventivo.¹⁹ En segundo lugar, se admite con claridad que el régimen de la libertad de expresión por el que opta la CADH es el menos restrictivo de los que cabe encontrar entre los sis-

na sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5. 19 La opinión separada del Juez R. E. Piza insiste en esta idea al afirmar: “5. La Corte ha utilizado expresamente la palabra *restricciones*, no en el sentido estricto de limitaciones preventivas al ejercicio mismo de la libertad de expresión, que el artículo 13.2 de la Convención no permite en ningún caso, sino en el general de conductas preestablecidas taxativamente por la ley como generadoras de *responsabilidades ulteriores*, derivadas del ejercicio de esa libertad”. Y más adelante: “8. Como se ve, el artículo 19.3 del Pacto Internacional corresponde casi exactamente al art. 13.2 de la Convención Americana, salvo en cuanto a que este último agregó la prohibición de toda censura previa y a que substituyó, de modo expreso, la posibilidad de ‘ciertas restricciones’ del primero, por la de ‘responsabilidades ulteriores’, sustitución que no puede considerarse accidental o semántica, sino intencional y de fondo”. (Opinión Consultiva OC-

temas más destacados de protección internacional de los derechos humanos. Podría haberse optado por una protección de menor alcance, pero se ha optado por otra máximamente comprensiva.²⁰ En relación con esto, la Opinión Consultiva está plagada de referencias a la trascendencia de la libertad de expresión como elemento estructural de una sociedad política democrática.²¹

Por tanto, la Corte refrenda en el documento expuesto que la concepción de la libertad de expresión consagrada por la Convención es la tradicional *prior restraint doctrine* o regla de Blackstone, llevada hasta sus últimas consecuencias y sin dejar lugar para más excepciones que la censura previa de espectáculos en orden a calificarlos para la protección moral de los niños y jóvenes. Es cierto que el texto del artículo habla de “censura previa” (prior censorship), y no de “restricciones previas” (*prior restraints*), como se ha señalado contra la interpretación de la Corte, que es la sostenida aquí. Pero lo decisivo no es la expresión utilizada, sino la admisión con carácter exclusivo de responsabilidades ulteriores. En esto, más allá del rechazo de la censura previa administrativa, consiste la aludida doctrina.

3.3. *Los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos. La interpretación de la Comisión Interamericana: el Informe N° 11/96 (“caso Martorell”)*

A pesar de la contundencia con que es protegida, la libertad de expresión no es el único derecho que reconoce la Convención Americana. Esta extiende también su protección a derechos que podrían entrar en una eventual colisión con aquella, como la vida humana (art. 4.1), la honra y la vida privada (art. 11.1 y 11.2); además, reconoce en la seguridad nacional, el orden público, etc., bienes a proteger frente a los abusos de la libertad de expresión (art. 13.2). En general, admite que todos los derechos están limitados por los derechos de los demás y por las exigencias justas del bien común en la sociedad democrática (art. 32.2), y reconoce que junto a los derechos, todas las personas tienen también deberes (art. 32.1). Todos los derechos, también los que resultan vulnerables mediante un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, deben ser objeto de protección judicial, la cual constituye otro derecho reconocido por la Convención (art. 25.1).

A partir de aquí, en el seno del sistema interamericano de protección de los derechos humanos surge el problema de hacer compatible la tutela de los derechos que acaban de enumerarse con el carácter casi absoluto que recibe la libertad de expresión. Aunque en los artículos citados cabe encontrar algunas reglas que permiten abordar la cuestión, ésta no deja de ser espinosa, y no hay en la jurisprudencia estudiada de la Corte ningún elemento interpretativo que

5/85, *cit.*, pp. 67 y 69). Los énfasis pertenecen al original.

20 Lo recuerda el Juez P. Nikken, en el n. 5 de su declaración: “... lo que es legítimo según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o según la Convención Europea de Derechos Humanos, puede ser ilegítimo en América, por apartarse de la Convención Americana” (Opinión Consultiva OC-5/85, *cit.*, p. 78).

21 El horizonte de la sociedad democrática opera en la CADH como principio hermenéutico de todo su articulado (art. 29, inc. c) y como criterio para la determinación de los límites de los derechos “por las

pueda emplearse a estos efectos. Sí cabe encontrar algunas referencias en el Informe de la Comisión Interamericana recaído sobre el llamado Caso Martorell, de 1996.²²

En efecto, el tema objeto del informe era un supuesto conflicto entre la libertad de expresión y los derechos a privacidad, la honra y la dignidad. Sobre la primera, la Comisión recuerda, en el n. 55 del Informe, que a tenor de lo dispuesto en el art. 13 CADH, el principio estipulado

es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los 'espectáculos públicos' para la protección de la moralidad de los menores. La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior.

Tras recordar que la imposición de responsabilidades ulteriores requiere ser establecida previamente por ley y ajustarse a los fines previstos en la Convención, insiste en que la interdicción de la censura previa “es absoluta”, y en la singularidad al respecto de la CADH (n. 56):

Constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas, el hecho de que no se prevea ninguna otra excepción a esta norma.

Finalmente, en el n. 58 se señala lo siguiente:

El artículo 13 determina que cualquier restricción que se imponga a los derechos y garantías contenidos en el mismo, debe efectuarse mediante imposición de responsabilidad ulterior. El ejercicio abusivo del derecho de libertad de expresión no puede estar sujeto a ningún otro tipo de limitación. Como lo señala la misma disposición, quien ha ejercido ese derecho en forma abusiva, debe afrontar las consecuencias ulteriores que le incumban.

Como puede verse, la Comisión reafirma, de manera más taxativa si cabe, la posición de la Corte en OC-5/85. ¿Qué sucede entonces con la tutela de los derechos eventualmente en conflicto? A diferencia de la posición adoptada por el Gobierno de Chile, para el cual en el *sub iudice* debía elegirse entre la libertad de expresión y el derecho al honor, resultando este último ser el derecho prevalente o de mayor jerarquía; la Comisión, tras invocar los arts. 29 y 32.2, de contenido interpretativo, entiende que en el caso no se presenta un conflicto de principios entre los que sea preciso escoger (n. 71). Por eso considera ilegítima la forma de proteger la honra que ha adoptado Chile (n. 73), pues

justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32.2).

²² Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 11/96, Caso 11.230 (Chile), del 3 de mayo de 1996, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, Wasra

implica dejar al libre arbitrio de los órganos del Estado [nótese que no hace distinción entre órganos administrativos y jurisdiccionales] la facultad de limitar, mediante censura previa, el derecho a la libertad de expresión.

En consecuencia, al reglamentar la protección de la honra y la dignidad, los Estados deben tener en cuenta la interdicción de la censura previa en cualquiera de sus manifestaciones. Si se instaura un sistema adecuado de responsabilidades ulteriores, de acuerdo a lo establecido por el art. 13, concluye la Comisión, se diluye el posible conflicto entre la aplicación de los artículos 11 y 13 (n. 75).

El propósito del presente estudio no es discutir críticamente la Convención en la materia que nos ocupa, ni la interpretación que de ella han efectuado tanto la Corte como la Comisión. En este momento, se trata simplemente de determinar el alcance del art. 13, en orden a perfilar las consecuencias de su incorporación como Derecho interno en el ordenamiento argentino. Pues bien, según se desprende de lo expuesto, las medidas preventivas que suelen denominarse “censura previa judicial” o, más acertadamente, tutela judicial preventiva de daños a derechos fundamentales y otros bienes públicos de rango constitucional causados por informaciones, son incompatibles con el artículo 13 de la CADH, tanto por su tenor literal como a partir de la interpretación que del mismo han llevado a cabo la Comisión y la Corte.

3.4. *Interpretaciones doctrinales discordantes*

Esta conclusión ha sido discutida recientemente,²³ con los siguientes argumentos:

a) Las prohibiciones judiciales no son censura previa.²⁴ En este sentido, la versión oficial inglesa de la CADH emplea la expresión “*prior censorship*” en lugar de “*prior restraint*”. La expresión empleada es más estricta que la otra, y se refiere en exclusiva al sistema administrativo de censura, pero no al judicial; es más, el propio Blackstone, al formular su principio en contra de las restricciones previas, pensaba también en la censura administrativa y nada más.²⁵

b) Aunque en apariencia el art. 13.2 de la Convención instaura de manera inequívoca la regla blackstoniana de la interdicción de las restricciones previas, sea cual sea su naturaleza, al imponer el carácter exclusivo de las responsabilidades ulteriores, debe tenerse en cuenta que “la norma, adoptada en un contexto de democracias frágiles y autocracias frecuentes, fue diseñada para evitar que los gobiernos, so capa de proteger los distintos bienes jurídicos que se enuncian en el inc. 2 como merecedores de tutela *a posteriori*, establezcan en épocas de normalidad un sistema de censura previa administrativa y política”.²⁶ Si a lo anterior se añade el hecho de que en situaciones de guerra o emergencia se admite (art. 27) la suspensión del derecho reconocido en el art. 13, puede concluirse que “es más que probable que se haya querido evitar

hington D.C., Secretaría General de la O.E.A., 1997, pp. 241-263.

²³ Cfr. F. Toller, *op. cit.*, pp. 744-754. Suscribo la práctica totalidad de las conclusiones a que arriba el excelente estudio de Toller. Mi discrepancia se refiere casi exclusivamente al tema objeto de este trabajo.

²⁴ *Ibid.*, p. 748.

la censura previa sistemática, que tanto daña a la opinión pública y al control ciudadano de los actos del gobierno”.²⁷

c) El art. 13.2 no dice expresamente que *sólo* sea posible imponer responsabilidades posteriores. Estas pueden considerarse mencionadas para remarcar una vía de actuación legítima opuesta a la censura previa que se prohíbe.²⁸ En consecuencia, las interdicciones judiciales son una laguna de la Convención: ésta no se pronuncia sobre el particular.

d) Una interpretación sistemática obliga a tomar en cuenta que el derecho a la honra, protegido por el art. 11, no puede ser tutelado eficazmente en ciertas ocasiones si no es a través de medios preventivos diferentes de la censura administrativa. Asimismo, dicha interpretación sistemática debe tener presentes el deber de los Estados de garantizar a todos el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención (arts. 1 y 2); el derecho a la vida (art. 4.1); la existencia de deberes de todos para con la comunidad y el carácter correlativo de derechos y deberes (art. 32.1); la seguridad y el bien común como límites de los derechos (art. 32.2); y, por último, el derecho a la tutela judicial (art. 25.1), que no puede ser entendido restrictivamente y confinado al ámbito de la tutela reparatoria.²⁹

3.5. *Apunte de crítica*

La argumentación precedente ofrece algunas consideraciones interesantes, pero exhibe simultáneamente una extrema debilidad.

En primer lugar, como ya se ha señalado, la interdicción de la censura judicial en la CADH no se determina tanto por la referencia a la censura previa, sino por la consagración de las responsabilidades ulteriores como vía exclusiva de restricción legítima de la libertad de expresión.

En segundo lugar, la interpretación histórica ofrecida en b) no es muy significativa; parece más bien conjetural, pues carece de fuentes, a diferencia del proceder de la Corte y la Comisión, que explican la regla de las responsabilidades ulteriores trayendo a colación la génesis del precepto y resaltando sus diferencias explícitas con los lugares paralelos del Pacto Internacional y de la Convención Europea. Además, la debilidad de las democracias es sólo uno de los factores históricos a explorar. También debería tenerse presente el dato de la debilidad y escasa independencia del poder judicial en los mismos países. Dicho sea entre paréntesis, tal vez sea este dato lo que, en la situación dada, justifique la exclusión a priori de las interdicciones judiciales, con cuyo uso tasado estoy básicamente de acuerdo por las mismas razones que Toller.

En tercer lugar, la expresión “sino a responsabilidades ulteriores” sugiere claramente que esa es la única vía de restricción aceptable. De hecho, la interpretación sistemática de la Con-

25 *Ibid.*, p. 749.

26 *Ibidem.*

27 *Ibidem.*

vención exigida por Toller podrá construirse paralelamente si se desea, pero será obviando la que ya propone el propio artículo 13.2, que señala la vía de las responsabilidades ulteriores como el camino aceptable para proteger los derechos de los demás, la seguridad y el bien común. Además, ésta es la interpretación de los órganos competentes, cosa que parece olvidarse en el estudio que venimos criticando.

En cuarto lugar, es más razonable pensar que cuando un tratado sobre derechos humanos establece las posibilidades de restricción a un determinado derecho no se limite a poner un ejemplo de las formas permitidas de restricción, sino que la enumeración tenga, y deba interpretarse así, pretensiones de lista cerrada. Por el contrario, el carácter negatorio de la censura respecto de la libertad de expresión, y su consiguiente prohibición, es lo que debe considerarse puramente ejemplificativo, pues los tratados no ofrecen normalmente un catálogo de todas las violaciones de los derechos consagrados por ellos. Suelen reconocer positivamente los derechos, y sólo en algunos casos se refieren a las conductas contrarias a los mismos. Esto es lo que de hecho sucede en la Convención. Por otra parte, si se tiene en cuenta el importante principio hermenéutico, que rige para todos los derechos humanos o fundamentales, según el cual la libertad es la regla y las limitaciones son la excepción, deberá concluirse que los procedimientos y circunstancias a través de los cuales se autorizan las restricciones a la libertad de expresión han de interpretarse en sentido estricto cuando el tratado se ocupa de aludir a ellos. Sería chocante que la Convención precise tan finamente con qué fines y por qué medios deben establecerse las responsabilidades ulteriores si éstas fuesen sólo una posibilidad más de “restricción” entre las admitidas por el Convenio.

En quinto lugar, y entiéndase lo que sigue a mayor abundamiento de lo anterior, en cuanto a la posible existencia de una laguna, la Convención contiene -la interpretación sistemática sugerida obliga a referirse a ella- un precepto que permite inferir la necesidad de una interpretación amplia de los derechos (fuerza expansiva) y la protección de derechos no enumerados, lo cual obligaría a entender que lo limitado no son los derechos sino sus restricciones. Se trata del art. 29, inc. c). Tal laguna, pues, no existe. Y también se puede localizar otro precepto según el cual las restricciones a los derechos no pueden establecerse tácitamente en los ordenamientos nacionales, sino que deben efectuarse mediante el oportuno desarrollo legislativo (art. 30).

Finalmente, merece algún comentario la invocada necesidad de una interpretación sistemática para proteger los restantes derechos de los abusos de la libertad de expresión. Además de lo señalado ya al respecto, conviene tener presente que, en general, el que sólo quepa establecer responsabilidades ulteriores, y no tutela preventiva de acuerdo al art. 13.2 de la Convención, no significa que ésta no proteja a los titulares de aquellos derechos frente a los referidos abusos. De hecho, el establecimiento de responsabilidades ulteriores, que pueden llegar a ser muy onerosas para quienes incurran en ellas, posee un efecto disuasor claro y protege de modo efectivo. Si lo que se desea señalar es que no protege *impidiendo* todos y cada uno de los ataques posibles a los bienes y derechos citados, habrá de admitirse esto, pero eso es en realidad lo que sucede con todo Derecho. El ordenamiento jurídico, cualquiera que sea, es absolutamente

incapaz de tutelar preventivamente cualquier derecho con una eficacia completa, del cien por cien, porque eso sólo sería posible cercenando la libertad de todos y cada uno de los posibles delincuentes, es decir, de cualquier persona normal, lo cual además de injusto no es posible. El Derecho previene con frecuencia los daños a los derechos de las personas y a los bienes públicos castigando las conductas que los lesionan y estableciendo un sistema de prevención general, pero la eficacia no es, ni debe aspirarse a que sea, completa, caso por caso. La tutela del honor mediante responsabilidades ulteriores, como la de cualquier otro derecho de los enumerados por Toller, es ya una tutela efectiva del honor. Se podrá afirmar que en ciertos casos es manifiestamente insuficiente, o que con carácter general resulta más o menos eficaz. Se podrá decir que una tutela judicial preventiva evita los inconvenientes de la censura previa y a la vez es más eficaz que la tutela *a posteriori*. Con eso sólo se habrá afirmado que es lícita desde el punto de vista axiológico y de la teoría general de los derechos fundamentales, a lo cual nada hay que objetar. Pero a renglón seguido habrá de señalarse que se trata de una cuestión prudencial, es decir, que la tutela judicial preventiva sea lícita no significa que sea obligatoria, ni que cometa injusticia el ordenamiento jurídico que no la permite. Este podrá ser entonces considerado más o menos perfecto, pero deberá optar por la solución legislativa que presente menos inconvenientes con carácter general; porque, a diferencia de los derechos, que corresponden a todos y cada uno de los titulares, sin que quepa hacer excepción alguna, no siempre está en las manos del legislador el diseñar técnicas de protección y garantía de aquéllos que, exentas de inconvenientes, alcancen una eficacia del cien por cien. Las técnicas de protección deben perseguir los resultados óptimos, pero su horizonte necesario no puede ser la totalidad, sino la generalidad de los casos. En el tema que nos ocupa, un factor muy importante a tener en cuenta en la decisión legislativa será el tipo de jueces disponible, su formación media, su independencia real, etc. Si esto se deja de lado, la admisión de la tutela judicial preventiva puede generar una gran inseguridad, o convertirse en un medio de control indirecto por parte del gobierno, esto es, puede llegar a cumplir las mismas funciones, ajustadas a los mismos fines, que la censura previa. Un ordenamiento que, por imperfección o por no contar con jueces aptos, dotados de competencia técnica y/o moral, deje la puerta abierta a que se inflijan ciertos daños o se cometan ciertos delitos a través de la expresión libre, determinando su sanción sólo *a posteriori*, no es por ello un ordenamiento injusto. No es responsable de las injusticias quien no las comete ni las permite. Y no puede equipararse a permitir las el no estar dispuesto a poner cualquier medio para impedir las. Esto, en una sociedad libre, es decir, en una sociedad donde se respetan los derechos humanos, constituye un principio fundamental que no puede ser olvidado. Las sociedades libres están más expuestas al abuso de la libertad que aquellas donde el ejercicio de la libertad se impide sistemáticamente. Ese es el riesgo de la libertad. Y ello no las convierte en responsables de los abusos.

Señalado lo anterior, se comprenderá mejor por qué la opción por las responsabilidades ulteriores no equivale a la ausencia de tutela, aunque la tutela preventiva judicial pueda eventualmente resultar más conveniente. Pero éste no es el punto que se acaba de discutir, sino si el carácter exclusivo de las responsabilidades ulteriores se compadece con la tutela de los derechos aludidos y, por consiguiente, resiste la interpretación sistemática propuesta.

Para finalizar la presente crítica, conviene señalar que, en efecto, la tutela de los derechos no puede quedar confinada a su dimensión reparadora, pues muchas veces será necesaria y conveniente la tutela preventiva. Eso es cierto con carácter general, pero no se ve inconveniente en que se excluya esa tutela preventiva, a la luz de las razones expuestas, cuando el vehículo del daño es la expresión, si se concluye previamente que son altos los riesgos de otra opción.

En conclusión, la propuesta de interpretación examinada, cuyo propósito apenas disimulado es evitar el escollo que supone la CADH en orden a hacer viable en Argentina la prevención judicial de daños derivados de informaciones, se asienta sobre fundamentos muy débiles, y debe ser rechazada. Esto no supone optar por la posición de fondo de la Convención -aunque se comprenden las razones de carácter sociológico que pueden hacer aconsejable la solución del art. 13.2- frente a la de Toller, sino simplemente distinguir algo que es fundamental, a saber, que una cosa es lo que resulta preferible desde el punto de vista de la justicia, y otra lo que establece el Derecho positivo en cada momento y lugar. La interpretación jurídica no puede concebirse como una tarea de sustitución del Derecho positivo dirigida a hacerlo compatible con las particulares concepciones técnicas y/o axiológicas; es un acto o complejo de actos, de naturaleza valorativa, pero no es voluntad pura. Es preciso diferenciar ambos campos, especialmente por parte de juristas que acepten el reto de un compromiso ético. Incluso en el caso de un juez fuertemente comprometido con ciertos valores morales, cuando el Derecho positivo no establece disposiciones manifiestamente injustas, aquél deberá seguir sus dictados, aunque a su juicio sean perfectibles también de forma manifiesta.

4. LA RECEPCIÓN DE LA CADH EN EL DERECHO ARGENTINO Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS INTERDICCIONES JUDICIALES A LA PRENSA

El paso siguiente del presente estudio será determinar las consecuencias que, en punto a nuestro tema, posee la incorporación de la CADH al Derecho argentino. Las consideraciones precedentes arrojan un cuadro general compuesto por una doble faz. Por una parte, el Derecho constitucional argentino se muestra muy abierto, de suerte que la tutela judicial preventiva resultaría constitucionalmente aceptable, aunque también podría serlo su interdicción. El texto constitucional no impone una vía concreta de tutela judicial de los derechos con carácter general. En consecuencia, y dado que pesa una grave presunción de inconstitucionalidad sobre las medidas de carácter preventivo que puedan afectar el ejercicio de la libertad de prensa, el fundamento más sólido para considerar que en ningún caso debe abandonarse por completo esa posibilidad es la existencia de otros derechos en juego, unida a un criterio programático, formulado de modo positivo y sumamente abierto, contenido en el Preámbulo: “afianzar la justicia”. Por otra parte, la CADH no deja lugar para las restricciones previas al ejercicio de la libertad de expresión, ni siquiera para las de naturaleza judicial, a pesar de que reconoce simultáneamente todos aquellos derechos y protege aquellos bienes públicos que pueden ser afectados por la libertad de expresión ejercida abusivamente.

Despejar la incógnita que parece abrirse a partir de lo dicho exige determinar, en primer lugar, en qué términos está incorporada la CADH al ordenamiento constitucional argentino. La CADH entró a formar parte del Derecho argentino en 1984, tras su aprobación por la ley 23.054, de 1 de marzo de ese año, y la ratificación del ejecutivo, que tuvo lugar el 14 de agosto. En un primer momento, su incorporación al Derecho interno se realizó bajo la influencia de una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que equiparaba los tratados ratificados por el Estado a las leyes internas, de suerte que una ley podría eventualmente derogar en todo o en parte un tratado vigente.³⁰ Posteriormente cambió la jurisprudencia de la Corte Suprema en el sentido de adoptar el criterio de la superioridad de los tratados sobre las leyes. El punto de inflexión está constituido por el fallo recaído en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*,³¹ y coincide con la llegada a la Corte del Juez y ex-Presidente Dr. Antonio Boggiano, destacado internacionalista. En el citado fallo se establece, entre otras cosas lo siguiente:

17) Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma los tratados (art. 86, inc. 14 Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19 Constitución Nacional), y el Poder Ejecutivo Nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo Nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo Nacional, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14 Constitución Nacional).

18) Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados -aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972, y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al Derecho internacional convencional sobre el Derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino.

...

19) Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contrario...³²

28 *Ibid.*, pp. 749-750.

29 *Ibid.*, pp. 750-752.

30 *Cfr.* S.A. *Martín & Cía. Ltda. c/ Nación Argentina*, Fallos 257:199 (1963), cons. 6 y 8. Puede consultarse el texto transcrito en J. Miller, M. A. Gelli y S. Cayuso, *Constitución y derechos humanos, cit.*, tomo 1, pp. 125-130. Los cons. aludidos, en p. 126.

31 He tenido a la vista el texto de la sentencia reproducido en A. Boggiano, *Ius inter iura. Teoría del Derecho Internacional. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos*, Buenos Aires, La Ley, 1996, pp. 507 ss.

32 *Cfr.* *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otro*, cons. 17, 18 y 19, en A. Boggiano, *Ius inter iura...*, *cit.*, pp. 513-514.

33 Se trata de una jurisprudencia consolidada en los últimos años por una serie de importantes sentencias, entre las que cabe destacar *Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto*

Desde ese momento la Corte admite sin ambages la superioridad jerárquica de los tratados sobre la ley interna.³³ Esta doctrina, que ha sido alabada desde medios próximos a la Corte Interamericana,³⁴ permite establecer con toda claridad que desde 1992 la Justicia argentina estaba en condiciones de reconocer la vigencia interna, inmune de eventuales actos del Legislativo, de la CADH. La constitucionalización de la misma no marca, pues, el punto de inflexión en nuestro tema, aunque no está exenta, como veremos, de consecuencias importantes en relación con el mismo.

La situación introducida en 1992 se consolidó definitivamente con la reforma constitucional de 1994, que introduce el nuevo art. 75, inc. 22, en el cual, tras quedar establecida la superioridad de los tratados y concordatos sobre las leyes, se otorga jerarquía constitucional a algunos tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos, lo cual supone que se incorporan al Derecho interno con la misma jerarquía que la Constitución,³⁵ rango que se traduce, entre otras cosas, en el establecimiento de un procedimiento especialmente cualificado para su denuncia por parte del Gobierno de la Nación, a saber, el respaldo de una mayoría de dos tercios de cada una de las Cámaras legislativas. El texto es el siguiente:

Artículo 75. Corresponde al Congreso:

...

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo nacional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara...

Además de un valioso respaldo del constituyente a la línea jurisprudencial abierta por la Corte en 1992, el texto transcrito contiene dos disposiciones de notable relevancia para el tema que nos ocupa. En primer lugar, reconoce la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales que se relacionan “en las condiciones de su vigencia”; y en segundo lugar, señala que los tratados sobre derechos humanos que se constitucionalizan no derogan artículo alguno de la parte primera de la Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por ella.

Grande (1993), especialmente cons. 3; y *Cafés La Virginia S.A. s/ apelación* (1994), especialmente cons. 9. Pueden consultarse en A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., pp. 635 ss y 687 ss, respectivamente.

³⁴ Cfr. el trabajo del antiguo presidente de la Corte Interamericana T. Buergenthal, “La jurisprudencia internacional en el derecho interno”, en AA. VV., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, ed. de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cargo de R.

Qué significa exactamente “en las condiciones de su vigencia” es cuestión discutida. En principio, podría significar que la incorporación de los tratados a la jerarquía constitucional se lleva a cabo salvando las reservas que en su día se puedan haber formulado al ratificar el tratado en cuestión.³⁶ Sin embargo, importante doctrina, receptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, considera que, sin perjuicio de lo anterior, “en las condiciones de su vigencia” es sinónimo de “tal como rigen en el derecho internacional, incluyendo el modo particular de vigencia que tengan en cada Estado (v. gr. atendiendo a las respectivas reservas)”.³⁷ De esta suerte, “el nuevo texto constitucional permite, a la luz de un primer análisis, admitir la doctrina de la referencia al derecho internacional, esto es, considerar que los tratados rigen en la Argentina tal como rigen en el derecho internacional y por ello en las condiciones de su vigencia, pues la vigencia de un tratado es siempre internacional. Esta es la doctrina de la Corte en el caso *Giroldi*, del 7 de abril de 1995”.³⁸ Parece que esta es la interpretación que debe adoptarse, tanto por su interna plausibilidad, como por el apoyo expreso recibido de la Corte Suprema.

En el caso que nos ocupa, “en las condiciones de su vigencia” significa que, para el caso de la CADH deben aceptarse como interpretaciones vinculantes aquellas que lo sean en virtud de su propio sistema jurisdiccional. Ello significa que la interpretación de la Corte Interamericana sobre el art. 13 CADH, contenida en la Opinión Consultiva OC-5/85, que excluye toda restricción a la libertad de expresión que no sean las responsabilidades ulteriores, rige en el Derecho argentino a tenor del art. 62 CADH y del Instrumento de ratificación de la CADH y de la jurisdicción de la Corte y de la Comisión Interamericanas de 14 de agosto de 1984.³⁹

Señalado lo anterior, cabe todavía plantear si no existe una contradicción entre lo instaurado por la CADH en materia de libertad de expresión y la admisibilidad de la tutela judicial preventiva en la Constitución argentina considerada en sí misma. Para un enfoque adecuado de esta cuestión conviene tener presentes dos cosas. En primer lugar, que el constituyente, según se lee en el art. 75, inc. 22 transcrito más arriba, ha negado expresamente las contradicciones entre la primera parte de la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos a los

Nieto Navia, 1994, pp. 67-85, especialmente 76-82.

35 Cfr: G. J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, tomo VI, 2ª reimpresión, Buenos Aires, EDIAR, 1996, pp. 555-556.

36 Cfr: *Ibid.*, pp. 557 ss. Para el caso concreto de la Convención, en el Instrumento de ratificación se contienen una reserva y tres declaraciones interpretativas, relativas a los arts. 21; 5, inc. 3; 7, inc. 7; y 10, respectivamente. Nada, pues, relacionado con el tema que nos ocupa.

37 A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., p. 150.

38 *Ibid.*, p. 151. El Fallo *Giroldi*, *Horacio David y otro s/ recurso de casación* afirma en su cons. 11 que “en las condiciones de su vigencia” significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. El texto está transcrito en A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., p. 738.

39 Al respecto, se afirma meridianamente en *Giroldi*: “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”. Cons. 11. Puede consultarse en loc. cit. en nota

que ha concedido jerarquía constitucional. Como se ha señalado, “los tratados enunciados en el inciso 22 no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución. Este es un juicio de comprobación, es decir, un juicio en virtud del cual los constituyentes han comparado los tratados y los artículos constitucionales, y han comprobado que no se produce derogación alguna. Esta es la interpretación plausible del texto, pues supone razonablemente que se ha efectuado esa comparación: por eso se ha hecho referencia a esos tratados. De aquí se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente: los constituyentes lo han juzgado así al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución, pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente mismo. En cambio, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías”.⁴⁰

En segundo lugar, y ciñéndonos al tema concreto objeto de este trabajo, debe repararse en que la regla introducida por la CADH en el interior del ordenamiento jurídico argentino no da lugar a una verdadera y propia antinomia, pues en el caso nos enfrentamos con una prohibición explícita contenida en un tratado, por una parte, y lo que la Teoría General del Derecho conoce como un permiso débil, que es sinónimo de una simple no-prohibición. El status deóntico de una conducta no-prohibida pero tampoco expresamente permitida o autorizada (permiso fuerte) no llega a entrar en colisión con la prohibición posterior de dicha conducta. Lo que sucede es, simplemente, que la conducta carecía de status deóntico definido antes de la prohibición, ocurrida la cual pasa a estar prohibida. No se ha producido, pues, antinomia o contradicción alguna. Cuestión distinta, que habría dado lugar a un verdadero conflicto de normas -una interna y otra internacional incorporada al Derecho interno-, debiéndose entonces aplicar los preceptos constitucionales y el Derecho internacional de los tratados, sería la existencia en el ordenamiento constitucional de una permisión expresa, de un permiso fuerte.

A lo anterior sólo cabe formular una objeción final, con cuyo examen se concluyen las presentes reflexiones. El art. 43 CN establece el derecho de toda persona a una forma de tutela judicial preventiva. Establece lo siguiente:

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

...

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística...

anterior. El Instrumento puede consultarse en F. Salvioli (comp.), *La Constitución de la Nación Argenti-*

En tal caso nos encontramos ante una verdadera garantía jurisdiccional, consagrada de manera explícita como tal, que sobrepasa con creces el status deóntico de la simple no-prohibición. ¿Entra en colisión con ella el art. 13 CADH, tal y como ha sido interpretado por la Corte Interamericana? No es posible acometer ahora un análisis pormenorizado del problema, ni un comentario detallado del precepto que, por lo demás, deja bastante que desear desde el punto de vista técnico.⁴¹ Bastará señalar ahora lo siguiente. En primer lugar, la tutela preventiva que no admite la CADH es la dirigida a contrarrestar los abusos de la libertad de expresión, pero no cualquier forma de tutela preventiva. En segundo lugar, el supuesto contemplado por el párrafo tercero del art. 43 CN no es un caso de libertad de expresión o derecho a la información, sino más bien la consagración de un derecho de acceso a datos propios que consten en bancos de datos y registros, ya sean públicos o privados, *destinados a proveer informes*, esto es, a una actividad que no es la típica de los medios de comunicación, con objeto de exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de los mismos cuando estos sean falsos o discriminatorios. No hay en esto restricción de la libertad de expresión porque el supuesto que se contempla no es el suyo. Más bien se reconoce a la persona sobre la que se puede informar -normalmente a través de informes privados- la garantía consistente en que pueda ésta excluir del archivo los datos falsos o discriminatorios.⁴² Además, la acción de habeas data no se dirige a prohibir directamente un acto de difusión de los datos, sino a corregir o suprimir lo erróneo y

na y los derechos humanos, Buenos Aires, Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos, 1995, pp. 128-129.

40 A. Boggiano, *Ius inter iura...*, cit., p. 151.

41 En las notas siguientes se deja constancia de las razones que justifican esta afirmación. Sobre la elaboración del precepto y su carácter apresurado, cfr. N. P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Ley 16.986 comentada y concordada con las normas provinciales. Amparo por mora, electoral y sindical. Hábeas data. Reforma constitucional de 1994*, tomo 3, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 677-684.

42 En este sentido, se ha considerado que lo protegido por la acción son los valores de verdad e igualdad. Cfr., N. P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional...*, tomo 3, cit., p. 681. Otros autores consideran que también se estaría protegiendo el honor, la privacidad y la intimidad. Cfr. A. B. Bianchi, “Hábeas data y derecho a la privacidad”, *El Derecho*, diario del 16 de febrero de 1995. No parece haber sido esa la intención del constituyente, pero debe admitirse que la redacción del precepto resulta algo imprecisa.

43 El convencional Hernández, autor del art. 43, afirmó que en ningún momento la garantía estuvo destinada a restringir la libertad de prensa ni a intervenir en los archivos de los medios de difusión. La convencional Dalesio de Viola especificó que los archivos periodísticos y científicos no quedan afectados por la acción de hábeas data. Y el convencional Díaz, al informar sobre el despacho mayoritario en el recinto de la asamblea, puntualizó que el habeas data no puede referirse a ninguna cuestión que pueda rozar la libertad de prensa. Cfr. N. P. Sagüés, *Derecho Procesal Constitucional...*, tomo 3, cit., p. 684. El problema planteado es que, si bien puede quedar muy clara la intención del constituyente, la redacción final podría haberse mejorado, a los efectos de evitar interpretaciones forzadas. Por ejemplo, Sagüés propone que la interpretación que permite excluir a los medios de comunicación de la acción de hábeas data se obtiene a partir del texto final del párrafo: “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística” (cfr. *ibid.*, p. 683). Es aceptable, pero en buena técnica constitucional, la cláusula de conciencia y el derecho a no revelar las fuentes no coinciden exactamente con la posibilidad de acceder a los contenidos de un archivo. Junto a lo anterior, este autor sugiere que una interpretación sistemática resulta clara para despejar el problema, pues “la libertad de prensa del art. 14 involucra para el medio del caso la de contar con archivos de datos no atacables por los registrados” (*ibidem*). Por nuestra parte, parece más razonable pen-

clasificar lo privado como confidencial, en registros o bancos de datos, entre los cuales no se deben considerar incluidos los de los medios informativos, según los convencionales constituyentes que redactaron el texto del artículo.⁴³ No se puede considerar una acción que tiene por objeto prohibir actos de difusión, sino simplemente tomar conocimiento del contenido de archivos en orden a modificar eventualmente el tratamiento de la información recabada en ellos. En consecuencia, tanto el tenor literal del texto (archivos destinados “a proveer informes”) como la interpretación histórica resultan suficientemente explícitos al respecto, y puede concluirse que, al tener por objeto actividades diversas, no cabe hablar, pues, de antinomia alguna entre el mismo y el art. 13 CADH.

Por otra parte, el propio juicio del constituyente certifica, como se ha visto, que tal antinomia no existe, sino más bien una complementariedad general. Esto, a efectos interpretativos, debe ser adoptado como presunción *iuris et de iure*, de modo semejante a como se debe aceptar que la interpretación correcta de la CADH es la establecida por la Corte Interamericana.

En conclusión, la plausible admisibilidad constitucional de la tutela judicial preventiva de daños a derechos fundamentales y otros bienes de naturaleza pública derivados de informaciones, que cabe reconocer a partir de un análisis del ordenamiento constitucional argentino, queda impedida si se considera el bloque de constitucionalidad en su conjunto, pues dicha tutela resulta incompatible con el art. 13 CADH, tratado vigente como derecho interno en Argentina y dotado desde 1994 de jerarquía constitucional.

JUICIO POLÍTICO DE RESPONSABILIDAD Y LA DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA EN EL DERECHO FEDERAL MEXICANO

José Luis Soberanes Fernández^(*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Planteamiento. 3. Juicio político de responsabilidad. 4. Declaración de procedencia. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Para los juristas mexicanos, la figura de Héctor Fix-Zamudio es un paradigma, no sólo por sus virtudes intelectuales, sino quizá más por sus virtudes humanas; por eso para nosotros es simplemente “el maestro Fix”, porque más que nada es nuestro maestro, quien nos enseña con su talento, con su sabiduría, con su capacidad, con su vida intachable y su bonomía singular.

Por todo ello, y por ser discípulo directo suyo, es que me sumo, no sólo como un acto de justicia sino de todo corazón, a este merecidísimo homenaje que le brinda la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo internacional al cual sirvió como juez por más de doce años, la mitad de los cuales fue su presidente.

Evidentemente no están a la altura de la obra académica de Fix-Zamudio los modestos, modestísimos, párrafos que vienen a continuación; fueron elaborados con mis limitaciones naturales y las propias por la falta de tiempo que me impone mi actual cargo de director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, cargo que

^(*) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

anteriormente (1966-1978) desempeñó el propio maestro Fix; sin embargo, a pesar de ello no he querido dejar de participar en este libro-homenaje a quien me unen tantos vínculos y a quien tanto debo.

El tema escogido en esta oportunidad se inscribe dentro de la teoría de la defensa de la Constitución, una de las aportaciones de Héctor Fix-Zamudio a la ciencia jurídica mexicana (*cf. Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1994, 96 pp.), por lo cual creo que viene bien en un libro de reconocimiento a tan ilustre jurista.

En efecto, nos dice Fix-Zamudio que la defensa de la Constitución “está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido, desde el punto de vista de la Constitución formal a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental”, y que la misma se divide en dos: la protección de la Constitución y las garantías constitucionales.

Se entiende por protección a la Constitución “todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones, como también y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados, es decir, con estos instrumentos se pretende lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad”, y por garantías constitucionales “los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder”. Dentro de las diversas garantías constitucionales (las cuales no tenemos que confundir con las garantías individuales, según la arcaica terminología que conserva la Constitución mexicana al referirse a los derechos humanos fundamentales) que existen en el ordenamiento mexicano, encontramos al juicio político de responsabilidad y la declaración de procedencia, de lo cual nos ocuparemos a continuación.

2. PLANTEAMIENTO

De conformidad con lo que establece el título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, existen cuatro tipos de responsabilidad a los cuales están sujetos los servidores públicos: la responsabilidad política, la responsabilidad penal, la responsabilidad administrativa y la responsabilidad civil.

La responsabilidad política se lleva a cabo fundamentalmente a través del llamado juicio político de responsabilidad, del cual habla el artículo 110 constitucional y su ley reglamentaria, que es La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; sin embargo, hay una institución estrechamente vinculada con dicho juicio, aunque tenemos que aclarar es una situación diferente, me refiero a la declaración de procedencia, de la cual también vamos a hablar en esta oportunidad.

La responsabilidad política a la cual están sujetos los más altos funcionarios del Estado mexicano, tiene como propósito que ellos respondan de sus actos y omisiones más trascendentes, que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, como establece el artículo 60. de la *Ley*.

Por otro lado, la declaración de procedencia (que antiguamente se denominaba desafuero) se trata de una inmunidad procesal con la cual se pretende proteger el ejercicio de la función pública de ciertos altos funcionarios del Estado mexicano, con el propósito de que antes de que sean encausados penalmente, la Cámara de Diputados quite este dique procesal, a fin de que no sean molestados en sus personas, sobre todo sin causa justificada; no se trata de una impunidad, sino de una garantía de que se van a hacer bien las cosas respecto de esos altos funcionarios.

3. JUICIO POLÍTICO DE RESPONSABILIDAD

A. Sujetos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 de la Constitución mexicana, hay dos tipos de sujetos de este juicio: funcionarios federales y funcionarios locales.

Respecto de los primeros, tenemos: los senadores y diputados al Congreso de la Unión; los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los consejeros de la Judicatura Federal; los secretarios de despacho; los jefes de departamento administrativo; los diputados a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; el jefe de Gobierno del Distrito Federal; el procurador general de la República; el procurador general de Justicia del Distrito Federal; los magistrados de circuito y jueces de distrito; los magistrados y jueces del fuero común del Distrito Federal; los consejeros de la Judicatura del Distrito Federal; el consejero presidente, los consejeros electorales y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral; los magistrados del Tribunal Electoral; y los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

Respecto de los segundos, tenemos: los gobernadores de los estados, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia locales y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político por violaciones graves a la Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo inde-

bido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa, pues se comunicará a las legislaturas locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda, lo cual, en mi modesta opinión es un absurdo, pues no tiene ningún sentido que ante una resolución del Congreso de la Unión se remita a los congresos locales para que la “perfeccionen” o cumplimenten.

Por lo que toca al presidente de la República, sólo puede ser acusado de traición a la patria y delitos graves del orden común a través del mismo procedimiento establecido para el juicio político de responsabilidad, no de declaración de procedencia.

B. *Sanciones*

Son dos las consecuencias fundamentales del juicio político: la separación del cargo y la inhabilitación para el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público, inhabilitación que puede ir de uno a 20 años. Estas sanciones, una vez emitidas por el Congreso de la Unión, tienen carácter inatacable, o sea, que contra las mismas no procede recurso, juicio o remedio procesal alguno, como pudiera ser el juicio de amparo.

C. *Órganos de aplicación*

El juicio político de responsabilidad es un proceso que se desarrolla en dos instancias: la primera, la Cámara de Diputados y la segunda, la Cámara de Senadores, las cuales, siguiendo la terminología norteamericana, de donde se tomó, se han denominado para estos efectos, jurado de acusación y jurado de sentencia.

Por lo que toca a la Cámara de Diputados, participan cuatro órganos en dicho procedimiento:

- 1) Las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y la de Justicia.
- 2) La Subcomisión de Examen Previo, que se integra con los dos presidentes de las comisiones antes mencionadas, junto con sus dos secretarios y cinco diputados por cada una de las mismas, designados por cada una de ambas comisiones.
- 3) Existe, además, una comisión substanciadora que, de conformidad con el artículo 46 de la Ley Orgánica del Congreso, en relación con el 53, se formará de manera transitoria, para conocer específicamente de los hechos que hayan motivado su integración, o sea, es una comisión *ad hoc*; por lo tanto, esta comisión se compondrá por no más de 30 diputados electos por el Pleno de la Cámara, a propuesta de la Comisión de Régimen Interno y Concertación Política, cuidando que en ellos se encuentren representados los diferentes grupos parlamentarios. Organismo un tanto cuanto inútil, ya que lo único para lo que sirve es para que de ahí salgan los miembros de la sección instructora y nada más.
- 4) De entre los miembros de esta comisión substanciadora, como señalamos antes, se

formará una sección instructora integrada por cuatro miembros de la comisión.

De la misma manera que en el Senado, se integrará una sección de enjuiciamiento, formada también por cuatro senadores; o sea, la sección de enjuiciamiento del Senado, es el único órgano específico que se crea, en la llamada cámara alta, para efectos del juicio político de responsabilidad.

D. *Causas*

De conformidad con el artículo 109 constitucional, procede el juicio político por aquellas conductas de los funcionarios antes señalados, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o su buen despacho.

Para este efecto, el artículo 7o. de la Ley Federal de Responsabilidades señala cuáles son estas causas, las que hemos reunido en cinco grupos:

1) Los ataques a las instituciones democráticas y a la forma del gobierno republicano representativo y federal.

2) Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales, entre las que se encuentra la libertad de sufragio.

3) La usurpación de atribuciones.

4) Acciones u omisiones que impliquen infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando causen perjuicios graves a la Federación, a uno o varios estados de la misma o a la sociedad, o motivar algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones.

5) Las violaciones que sistemáticamente causen a los planes, programas y presupuestos de la administración pública federal o del Distrito Federal y a las leyes que determinan el manejo de los recursos económicos federal y del Distrito Federal.

Concluye el artículo reiterando lo dispuesto en la Constitución, al señalar que no procede el juicio político por la mera expresión de ideas.

Como se verá, estas causas de juicio político son lo suficientemente vagas como para enjuiciar a cualquier alto servidor de la Federación hasta por nimiedades, por lo cual quedará al criterio más discrecional de los plenos de ambas cámaras decidir esta importante cuestión.

Por parte de las autoridades estatales, el artículo 5o. de la Ley Federal de Responsabilidades señala las causas de juicio político de responsabilidades de los mismos, en tres rubros: violaciones graves a la Constitución Federal de la República, a las leyes federales que de ella

emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

E. *Procedimiento*

El procedimiento del juicio político de responsabilidad se inicia con una denuncia que puede presentar cualquier ciudadano, bajo su más estricta responsabilidad, la cual se debe formular por escrito ante la Cámara de Diputados; dicha denuncia deberá estar apoyada por pruebas documentales u otros elementos probatorios suficientes para establecer la existencia de la infracción y presumir la probable responsabilidad del funcionario denunciado. En caso de que no se puedan aportar dichas pruebas por encontrarse en posesión de una autoridad, la Comisión de Examen Previo deberá solicitarlas.

En cuanto al plazo preclusivo para presentar esta denuncia, se extiende al tiempo que el funcionario denunciado desempeñe el cargo o comisión y hasta un año después a que el mismo concluya.

El escrito de denuncia se presenta ante la Oficialía Mayor de la Cámara y debe de ratificarse dentro de los tres días siguientes de su presentación. Realizado este trámite, se turnará a la Subcomisión de Examen Previo y se notificará a las coordinaciones de los grupos parlamentarios; asimismo, se notificará al denunciado, quien tendrá siete días para responder a ella, bien personalmente o bien por escrito, dentro del plazo de siete días naturales siguientes a la notificación. Dentro de los 30 días hábiles siguientes, la Subcomisión determinará si admite o desecha de plano la denuncia presentada.

Para admitir dicha denuncia, la Subcomisión tiene que verificar si el servidor público denunciado es sujeto del juicio político, si existen los elementos de prueba que justifiquen la conducta atribuida, y si dichos elementos permiten presumir la existencia de la infracción y la probable responsabilidad del denunciado.

Si la resolución de la Subcomisión declara procedente la denuncia, la misma se turna al pleno de las comisiones unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, las que tendrán que ratificar dicha resolución y ordenar se turne a la sección instructora o, en su caso, desechar de plano dicha denuncia.

Si la resolución de la Subcomisión de Examen Previo desecha la denuncia, dicha resolución podrá ser revisada por el pleno de las mismas comisiones, a petición de cualquiera de los presidentes de ellas o cuando menos del 10% de los diputados integrantes de ambas comisiones.

La sección instructora tendrá a su cargo la continuación del procedimiento, para lo cual practicará todas las diligencias necesarias para comprobar la conducta o hecho del denunciado, establecer las características y circunstancias del caso y precisar la intervención que el servidor público haya tenido en el hecho en cuestión.

La sección instructora abrirá el negocio a prueba, para lo cual contará con treinta días

naturales, término que puede ser ampliado por la misma sección instructora en la medida en que sea estrictamente necesaria. En dicho término se recibirán las pruebas que ofrezca el denunciante, el servidor público, así como las que la propia sección estime necesarias, para lo cual la sección instructora tendrá la facultad de admitir o desechar las pruebas ofrecidas.

Se dará vista por tres días naturales tanto al denunciante como posteriormente al denunciado para que pueda formular sus alegatos por escrito, para lo cual contarán con seis días naturales, una vez concluidos los dos términos de vista.

Terminado el plazo de seis días para alegatos, se hayan o no formulado, la sección instructora formulará sus conclusiones, para lo cual la ley no establece plazo; sin embargo, el artículo 19 señala que se contará para toda esta etapa del procedimiento con un término de 60 días naturales desde que recibió la denuncia, mismos que el Pleno podrá ampliar por no más de 15 días. Si la conclusión es de inocencia del encausado, la sección propondrá se declare no ha lugar a proceder en su contra, para que el Pleno de la Cámara, dentro de los tres días naturales siguientes, resuelva en definitiva; pero si de las conclusiones de la sección instructora se desprende la responsabilidad del servidor público, el acuerdo de la misma deberá señalar: 1) que está legalmente comprobada la conducta o hecho material de la denuncia; 2) que se encuentra acreditada la responsabilidad del denunciado; 3) la sanción que se le debe de imponer, y 4) que en caso de ser aprobadas dichas conclusiones se envíen a la Cámara de Senadores en concepto de acusación para los efectos legales respectivos.

Emitidas las conclusiones de la sección instructora se entregarán a los secretarios de la Cámara de Diputados para que den cuenta al presidente de la misma, quien citará al Pleno para resolver dentro de los tres días naturales siguientes, el cual además deberá notificar al denunciante y al denunciado (este último puede asistir con su defensor) para que aleguen lo que a su derecho convenga (la Ley no aclara cómo proceder si la Cámara está en receso, ¿esperarse al período ordinario o pedirle a la Comisión Permanente que convoque a período extraordinario?).

El día señalado, la Cámara de Diputados se erigirá en órgano de acusación y procederá de la siguiente manera: la secretaría dará cuenta de las constancias procesales o una síntesis de las mismas, junto con las conclusiones de la sección instructora; a continuación se le dará el uso de la palabra al denunciante y posteriormente al denunciado o a su defensor, o a ambos, para que aleguen lo que a su derecho convenga. El denunciante podrá replicar y si lo hiciera el denunciado y su defensor, podrá hacer uso de la palabra nuevamente. Se retiran el denunciante, el denunciado y su defensor y se procederá a discutir y a votar las conclusiones propuestas por la sección instructora.

Si la Cámara de Diputados resuelve que no procede acusar al servidor público denunciado, éste continuará en el ejercicio de su cargo, en caso contrario se pondrá a la disposición de la Cámara de Senadores remitiendo los autos del proceso y designando una comisión de tres diputados para que sostengan la acusación ante el Senado (igualmente la Ley no señala qué hacer

si está en receso la Cámara de Senadores).

Recibida la acusación en la Cámara de Senadores, se turnará a la sección de enjuiciamiento, que emplazará a la Cámara de Diputados, al acusado y a su defensor para que dentro del plazo de cinco días naturales presenten por escrito sus alegatos; dicha sección además podrá escuchar personalmente a la Comisión de Diputados, al acusado y a su defensor si así lo solicitan ellos o estima conveniente la propia sección. La misma sección podrá disponer la práctica de otras diligencias para integrar sus propias conclusiones.

La sección de enjuiciamiento de la Cámara de Senadores formulará sus conclusiones sobre las bases de la acusación y los alegatos formulados, proponiendo la sanción que en su concepto debe imponerse y expresando los preceptos legales en que se funda; conclusiones que entregarán a la secretaría de la Cámara de Senadores. A las 24 horas siguientes (tratándose de funcionarios federales, ya que si se trata de funcionarios locales este plazo se amplía a tres días) el presidente del Senado convocará al Pleno de éste para que se erija en jurado de sentencia, para lo cual la secretaría lo notificará a la Comisión de Diputados, al acusado y a su defensor.

En la sesión del jurado de sentencia, la secretaría dará lectura de las conclusiones de la sección de enjuiciamiento, se concederá el uso de la palabra a la Comisión de Diputados, al acusado y a su defensor; acto continuo, estos dos últimos deberán retirarse, pudiendo permanecer los diputados, y se pondrá a discusión y a votación la conclusión de la sección de enjuiciamiento.

Recordemos que la resolución de acusación de la Cámara de Diputados tiene que ser aprobada por la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en la sesión correspondiente, mientras que la resolución de la Cámara de Senadores tiene que ser mediante la resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en la sesión.

4. DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA

A. Sujetos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 constitucional, cuentan con esta inmunidad procesal, antes llamada “fuero constitucional”, los siguientes funcionarios: los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de despacho, los jefes de departamento administrativo, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de Gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República, y el procurador general de Justicia del Distrito Federal, así como el consejero-presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral. Como se verá, no todos los que pueden ser sujetos del juicio político de responsabilidad tienen este fuero constitucional, faltan los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación y del Poder Judicial del Distrito Federal, así como los consejeros de la Judicatura del mismo Distrito Federal y quienes encabezan los organismos descentralizados y empresas de

participación estatal mayoritaria.

Por lo que toca a los gobernadores de los estados, diputados locales, magistrados de los tribunales superiores de justicia de los estados y, en su caso, los miembros de los consejos de las judicaturas locales, gozarán de esta misma inmunidad por lo que respecta a los delitos federales. Sin embargo, en estos casos, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comuniquen a las legislaturas locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda, lo cual merece el mismo comentario que se hizo respecto a los juicios políticos de responsabilidad contra esos mismos funcionarios estatales.

Esto significa que para poder proceder plenamente contra ellos, la Cámara de Diputados debe retirarles previamente esa inmunidad; ésta dura sólo mientras se está en el cargo y no procede cuando se encuentre separado del mismo; por eso mismo, si la resolución de la Cámara fuera negativa, se suspenderá todo procedimiento penal ulterior, lo cual no obsta para que cuando el indiciado haya concluido el ejercicio de su encargo, se continúe dicho procedimiento penal correspondiente, ya que la declaración negativa de la Cámara no prejuzga los fundamentos de la imputación.

Es importante señalar que tal inmunidad procesal es exclusivamente penal, por lo tanto no procede en asuntos del orden civil.

B. *Procedimiento*

La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos señala que en los procedimientos para la declaración de procedencia, se debe de actuar de manera similar al procedimiento previsto para el juicio político de responsabilidad, haciendo las adecuaciones pertinentes.

Así, la sección instructora practicará todas las diligencias conducentes para establecer la existencia del delito y la probable responsabilidad del indiciado; asimismo, su conclusión será en el sentido de determinar si ha lugar o no a proceder penalmente en contra del inculpado. De igual manera la Cámara de Diputados en este caso se erige en jurado de procedencia, así como las notificaciones deberán de hacerse al denunciante, al querellante y al Ministerio Público en su caso.

Si la Cámara de Diputados declara que ha lugar a proceder en contra del inculpado, éste quedará inmediatamente separado de su cargo y sujeto a la jurisdicción de los tribunales competentes. De igual manera, si a juicio de la sección instructora la imputación fuera notoriamente improcedente, lo hará saber de inmediato al pleno para que éste resuelva si se continúa con el procedimiento o se desecha, sin perjuicio de reanudarlos si posteriormente aparecen motivos que lo justifiquen.

La Ley Federal de Responsabilidades señala una serie de precisiones procesales que no es el caso apuntar en este momento. Además, en ambos casos se recurre al Código Federal de

Procedimientos Penales, y en su caso al Código Penal, como normas supletorias.

5. CONCLUSIÓN

La experiencia nos indica que se ha abusado de las denuncias de juicio político de responsabilidad en México, que se han vuelto o se han querido volver un instrumento de venganza política, que por lo mismo hasta ahora no han progresado en los tiempos recientes; por lo tanto, han caído en desprestigio frente a la opinión pública; no obstante ello, hay que tener sumo cuidado con estos instrumentos procesales, que en principio son buenos y necesarios, pero que por su uso y abuso pueden llegar a tener un efecto negativo.

Por ese motivo me he permitido proponer se abandone el modelo anglosajón adoptado en México desde la consumación de la Independencia y en su lugar se establezca el modelo europeo, es decir, que sea el tribunal constitucional, en nuestro caso la Suprema Corte de Justicia, el órgano que conozca y resuelva de ambos instrumentos procesales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTEAGA NAVA, Elisur, "Breves reflexiones sobre las penas en el juicio político", Alegatos, México, núm. 18, mayo-agosto de 1991.
- BARREDA, Luis de la, "Responsabilidad de los servidores públicos en México", Alegatos, México, núm. 6, mayo-agosto de 1987.
- BEINER, Ronald, "El juicio político", trad. Juan José Utrillas, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, 284 pp.
- BUNSTER, Álvaro; Héctor Fix-Zamudio; José Barragán y otros (José Luis Soberanes, coord.), "Las responsabilidades de los servidores públicos", Ed. Manuel Porrúa, 1984, 143 pp.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. LIII Legislatura, "Proceso legislativo de la iniciativa presidencial de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos", México, 1983, 144 pp.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, IV Legislatura, "Los derechos del pueblo mexicano", México, Ed. Miguel Ángel Porrúa, vol. X.
- CÁRDENAS, Raúl F., "Antecedentes y evolución del título IV constitucional", Revista Mexicana de Justicia, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 1987.
- "Responsabilidad de los funcionarios públicos, antecedentes y leyes vigentes en México", prologado por Elisur Arteaga, México, Porrúa, 1982, 567 pp.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl, "Los delitos de los altos funcionarios y los delitos de los funcionarios y empleados", Criminalia, México, núm. 7-12, julio-diciembre de 1977.
- CARRILLO FLORES, Antonio, "La responsabilidad de los altos funcionarios de la federación", Relacio-

- nes, Zamora, Mich., México, vol. III, núm. 11, Verano de 1982.
- CASTRO, Juventino V., “Responsabilidades de los servidores públicos”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 19, 1995.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, “El sistema de responsabilidades de los servidores públicos”, México, Porrúa, 1996, XVII-211 pp.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, “La responsabilidad penal de los servidores públicos”, *Crónica Legislativa*, México, Nueva Época, año V, núm. 8, abril-mayo de 1996.
- ESTRADA SAMANO, José Antonio, “Algunas reflexiones sobre responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos de empresas paraestatales y del Estado a la luz del régimen de derecho en México”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 7, 1983.
- FELLINI, Zulita, “Responsabilidad de los servidores públicos en México”, *Alegatos*, México, núm. 6, mayo-agosto de 1987.
- FERNÁNDEZ FARINA, Federico, “Responsabilidad política”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 1987.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Los tribunales constitucionales y los derechos humanos”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.
- “Ombudsman y la responsabilidad de los servidores públicos”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, Nueva Época, núm. 2, abril-junio de 1993.
- FLORES VILCHIS, Héctor, “Responsabilidad de los servidores públicos”, *Revista de la Escuela de Derecho*, México, año V, núm. 5, 1990.
- FRY, Brian, “The Impeachment Process: Predispositions and Votes”, *The Journal of Politics*, Florida, EUA, vol. 42, núm. 4, noviembre de 1980.
- GERHARDT, Michael J., “The Federal Impeachment Process: A Constitutional and Historical Analysis”, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1996.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, “Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional”, México, Ediciones Botas, 1946.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Bases constitucionales de la responsabilidad de los servidores públicos estatales y municipales”, *Memoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México*, Toluca, México, año III, núm. 10, octubre-diciembre de 1990.
- “La responsabilidad política en el derecho constitucional americano”, *Anuario Jurídico*, México, vol. XI, 1984.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada”, 11a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1997, 2ts.
- MARTÍN REBOLLO, Luis, “La responsabilidad patrimonial. De la administración pública en la jurisprudencia”, Zamora, Mich., México, vol. III, núm. 11, Verano de 1982.

- dencia”, Madrid, Civitas, 1977, 237 pp.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “La responsabilidad de los servidores públicos como concepto fundamental del Estado”, *Revista Mexicana de Historia*, México, vol. V, núm. 3, julio-septiembre de 1987.
- MEDINA BOBADILLA, Enrique, “El juicio político y la declaración de procedencia”, *Revista del IAP-PEM*, Toluca, México, núm. 7, 1990.
- MUCCIO, Pietro, “La precondanna dei parlamentari, segreto istruttorio e pubblicità della domanda di autorizzazione e procedere contro deputati e senatori”, *Revista Italiana del Diritto e Procedura Penale*, Milán, nueva serie, año XXX, abril-junio de 1987.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “La reforma constitucional sobre responsabilidad de los servidores públicos”, *Legislación y Jurisprudencia*, México, año 13, vol. 13, núm. 41, enero-abril de 1984.
- OSORIO AVILES, Tomás, “Juicio político”, *Revista Jurídica*, Cuernavaca, Morelos, México, nueva serie, enero-marzo de 1995.
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín, “Acusación constitucional, antejuicio o juicio político”, *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, núm. 11, 1995.
- RENDÓN, HUERTA BARRERA, Teresita, “Sanciones por responsabilidades administrativas de los servidores públicos”, *Boletín de Investigaciones Jurídicas*, Guanajuato, Gto., México, Núm. 57, enero-marzo, 1985.
- REYES TAYABAS, Jorge, “Responsabilidad penal de los servidores públicos”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. V, núm. 3, 1987.
- “Responsabilidad penal de los servidores públicos; análisis del anteproyecto del título IV de la Constitución y sus leyes reglamentarias”, México, Procuraduría General de la República, 57 pp.
- RIGHI, Esteban, “Responsabilidad de los servidores públicos en México”, *Alegatos*, México, núm. 6, mayo-agosto de 1987.
- ROBERTS, Clayton, “The Law of Impeachment in Stuart England. A reply to Raoul Berger”, *The Yale Law Journal*, New Haven, EUA, vol. 84, núm. 7, junio de 1975.
- RUÍZ MASSIEU, José Francisco (compilador) “Servidores públicos y sus nuevas responsabilidades”, México, INAP, 1984, 190 pp.
- SABIN GODOY, Alfonso, “El marco jurídico de la corrupción”, Madrid, Civitas, 1991, 105 pp.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, “El presidente de la República y el sistema de responsabilidades”, *Anuario Jurídico*, México, vol. XVI, 1989.
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN, “Renovación moral de la sociedad”, México, 1983, 188 pp.
- VALLEJO Y ARIZMENDI, José, “La responsabilidad política”, México, Talleres de Larios e Hijos, 1972, 93 pp.
- VARGAS LÓPEZ, Gilberto, “La responsabilidad de los funcionarios públicos”, *Revista Michoacana de*

JUICIO POLÍTICO DE RESPONSABILIDAD Y LA
DECLARACIÓN DE PROCEDENCIA EN EL DERECHO FEDERAL MEXICANO

Derecho Penal, México, núm. 18, 1985.

VENTURA, Adrián, “Fiscalía nacional de investigación administrativa (juicio político)”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, t. 51, núm. 1, mayo de 1991.

VERGARA ROJAS, Gonzalo Antonio, “La inconstitucionalidad de las legislaciones estatales penales que equiparan a los elementos de tipo penal con el concepto de cuerpo del delito y la resultante responsabilidad para juicio político”, Revista de la Facultad de Derecho, Mérida, Yucatán, México, núm. 15, mayo de 1994.

LA PRUEBA PERICIAL ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Ma. Auxiliadora Solano Monge^(*)

I. GENERALIDADES

Es propósito del presente ensayo, hacer una reseña doctrinal y jurisprudencial de la prueba pericial como medio probatorio¹ utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”, “la Corte” o “el Tribunal”) en los asuntos que le son sometidos.

Es principio de derecho universalmente aceptado, la obligación que tienen los tribunales de tener la iniciativa (principio de oficiosidad) en la investigación de los hechos que le son sometidos a su conocimiento, para lograr una correcta actuación de la administración de justicia. De esta obligación no se encuentra ajena la CIDH en la cual dicho principio adquiere dimensiones extraordinarias, tanto por ser un tribunal internacional como también, por la materia fundamental que conoce y su esencialidad para las sociedades modernas: la protección internacional de los derechos humanos.

El artículo 44 de su Reglamento, relativo a las diligencias probatorias de oficio, le otorga amplias facultades a la Corte al establecer que:

[e]n cualquier estado de la causa la Corte podrá:

1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente.
2. Requerir de las partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance o de

^(*) Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Cafferata Nores, José I. *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1986. p. 21. “Medio de prueba es el procedimiento establecido por la Ley tendente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso.”

cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.

3. Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados.

4. Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen una averiguación, una inspección judicial o cualquier otra medida de instrucción.

Cuando se dispone en él que la Corte procurará de oficio toda prueba que considere útil solicitar a las partes, entidades, oficinas y autoridades, se acoge el principio general de derecho de la libertad de la prueba,² compuesto por los principios de libertad del objeto de la prueba³ y libertad del medio de prueba,⁴ fundamentos de todo sistema probatorio y estrechamente unidos a la valoración conforme con las reglas de la sana crítica racional.⁵

Esa intención pragmática se deriva de lo establecido en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando se establece que los Estados Americanos signatarios de la Convención tienen como "... propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre" (párrafo 1). Los derechos humanos se tornan en nuestros tiempos materia sacra, pues su reconocimiento y respeto es base fundamental de la sostenibilidad de los pueblos, pivote del desarrollo socio-económico y tema de gran actualidad.

En la antigüedad, la peritación no fue conocida como medio probatorio, pues, en esa época eran totalmente acientíficos los medios empleados, se basaban en creencias religiosas, el miedo, prácticas hechiceras, etc., evidenciados en las famosas ordalías o juicios de Dios. A mediados del siglo pasado, con los estudios antropológicos desarrollados por Lambroso, se marcó el inicio de una nueva era en el campo pericial ya que nació un interés en conocer las causas de la

2 Vélez Mariconde, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. 2da. Ed., Buenos Aires, Argentina: Ediciones Lerner, p. 198. Conceptúa dicho principio así: "Por fuerza del mismo principio, en el proceso penal rige la regla de que todo se puede probar y por cualquier medio, salvo las taxativas prohibiciones o limitaciones que la ley establezca, que siempre son excepcionales".

3 La libertad del objeto de prueba es conocida en doctrina también como *Thema Probandum* pero es una libertad entendida en términos de que los hechos interesen al proceso y por tanto al Juez en la formación de su convicción.

4 La libertad del medio de prueba es la posibilidad de recurrir a cualquier fuente idónea de prueba acerca de la verdad de los hechos para formar el convencimiento o sana crítica del juzgador. Algunas legislaciones como sectores de la doctrina sostienen el principio de la taxatividad de los medios de prueba, admitiéndose en los procesos en consecuencia sólo aquellos que la ley expresamente indique, no obstante no se comparte dicha tesis y se considera que el artículo 44 del Reglamento de la CIDH no participa de dicha taxatividad.

5 Vélez Mariconde, Alfredo, *Op. cit.*, pp. 361-363. "El método de la libre convicción o sana crítica racional (ambas fórmulas tienen el mismo significado) consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictivos (como las relativas al cuerpo del delito) ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio todo se puede probar y por cualquier medio), y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de experiencia".

delincuencia, en buscar medios idóneos de reintegración del delincuente a la sociedad como persona útil, en lograr más eficiencia en el esclarecimiento de los delitos ante el alto grado de impunidad existente, todo lo cual obligó a buscar medios científicos de investigación del delito.

La tecnología de avanzada de finales del presente milenio, ha conllevado al nacimiento de nuevas técnicas y al desarrollo de las ya existentes en materia de investigación, de lo cual han sido testigos los tribunales de justicia, los cuales han tenido que modernizarse para no verse rezagados, promoviendo la actualización de las legislaciones y una mayor exigencia en la capacitación de sus funcionarios en múltiples campos del saber humano. Hoy día contamos con profesionales y tribunales ya especializados en diversas disciplinas.

El enriquecimiento del conocimiento se ha tornado así tan amplio, que poco a poco se hace difícil representarse en los albores del siglo XXI la existencia de genios como Miguel Ángel, Leonardo Da Vinci y muchos otros que marcaron un hito en la historia de la humanidad por su profunda y amplia cultura general en múltiples campos. Actualmente, es realmente imposible tener conocimientos vastos en todas las ciencias, artes o técnicas conocidas por su nivel de desarrollo, lo que ha enriquecido ésta figura en estudio.

En los últimos años, se han venido perfeccionando pruebas científicas como las del carbono 14, las del ADN, grupos sanguíneos y otros marcadores genéticos importantísimas en el campo del derecho penal, familia, civil, etc., así como también para otras ramas del saber humano tales como la biología, genética, paleontología, arqueología y muchas otras encargadas de enriquecer el conocimiento humano.

Actualmente, los tribunales tienen a su disposición expertos en ciencias médicas, sociales, matemáticas, negocios, etc., de manera tal que ante conflictos de cualquier naturaleza se tiene la posibilidad de contar con los peritos como valiosos auxiliares de la administración de justicia, adquiriendo así un papel cada día más protagónico y fortaleciéndose con ello este medio de prueba en estudio.

Es importante dividir el enfoque de la prueba pericial, en una primera parte de conceptualización del tema para pasar luego a una segunda parte, en la cual se hace referencia a la jurisprudencia y a algunas prácticas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. CONCEPTUALIZACIÓN

La definición de perito es uniforme en la doctrina, se les tiene como auxiliares de los jueces⁶ necesarios para llegar a descubrir como valorar los elementos de prueba⁷ que se le some-

6 Nuñez, Ricardo C., Código Procesal Penal Provincia de Córdoba. 2da. Ed., Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora, 1986, p. 230. "La pericia, no es como el testimonio, un elemento probatorio independiente, sino que siempre funciona accesoriamente para establecer o garantizar la existencia o el valor de una prueba que no se puede advertir o apreciar con seguridad mediante la observación y conocimientos comunes".

7 Cafferata Nores, José I., *Op. cit.*, p. 14. "Elemento de prueba, o prueba propiamente dicha, es to-

ten a su conocimiento y para los cuales es necesario tener conocimientos específicos en alguna ciencia, arte o técnica.⁸ Dichos conocimientos deben así escapar a la cultura general o media del juez, quien en todo caso como director del proceso determinará la pertinencia y relevancia⁹ de ordenar evacuar dicho medio de prueba, para lograr acceder a la información idónea que tales elementos le suministran.

Al resultado del informe que realiza el perito se suele dar diferentes nombres, siendo los más aceptados: pericia, informe pericial, peritación o dictamen pericial. Es justamente ese informe el que constituye el medio probatorio que viene a representar una declaración de conocimiento que hace el perito.

Corresponde a los jueces determinar la necesidad de contar con la realización de una pericia para hacer llegar al expediente los conocimientos específicos de los que adolece, por lo cual es su facultad proceder al nombramiento del perito. Las partes pueden solicitar la prueba, pero la decisión última depende del tribunal; es a ellos a quienes corresponde la dirección de dicho medio de prueba escogiendo al perito o peritos a designar y señalándoles los puntos específicos sobre los cuales deben pronunciarse y para lo cual existe el derecho de los técnicos de tener acceso al expediente judicial dentro del cual van a rendir su dictamen, así como a los elementos de prueba existentes. También las partes del proceso tienen la iniciativa en cuanto al tema sobre el cual versará el peritaje, formulando al tribunal sus puntos de interés con base en el principio de la carga de la prueba, y de esos puntos el tribunal decidirá los que considere pertinentes y relevantes.

Los jueces como responsables de sus fallos determinarán así la necesidad o no de hacer el nombramiento del perito, por lo que si tienen conocimientos necesarios sobre el caso especí-

do dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”.

8 Cafferata Nores, José I., *Op. cit.*, p. 47. “La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o valoración de elementos de prueba.” En igual sentido De Santo, Víctor. *Compendio de Derecho Procesal Civil, Comercial, Penal y Laboral*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1995. “El Perito, se ha señalado, es un asesor que brinda a los jueces el aporte de su cultura especializada, distinta de la general y jurídica de éstos...”. En el mismo sentido, Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires-Argentina: Ediciones Depalma, p.146. “Son auxiliares de la Justicia los que, en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada son llamados a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos”.

9 Leone, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p.181. “Pertinencia de la prueba significa referencia de ella a la comprobación en curso; referencia que no es necesario que sea directa e inmediata, pudiendo incluso ser solamente mediata (así, una circunstancia a probar, puede ser pertinente a fin de establecer la credibilidad de un testigo). Relevancia de la prueba significa posibilidad de concurrir, incluso mediata e indirectamente, a la comprobación en curso; en sustancia, más que una caracterización positiva, es ella una caracterización negativa, en el sentido de excluir las pruebas totalmente superfluas, esto es, no idóneas en la forma más absoluta para contribuir a la comprobación de la verdad”.

fico no están obligados a ordenar la pericia y esto encuentra no sólo fundamento en el principio de economía procesal, sino que también en el hecho mismo de que la pericia no vincula al juzgador, sino que éste la apreciará conforme a las reglas de la sana crítica.¹⁰

El perito como técnico que es, tiene que contar con título profesional en la rama respecto de la cual deberá rendir el dictamen, salvo aquellos casos en que la disciplina no se encuentre reglamentada, en ausencia de ello el tribunal deberá aplicar criterios de idoneidad en la escogencia, basándose en la experiencia, reputación, estudios publicados, experiencia en situaciones similares, etc.¹¹

Si la pericia conlleva la realización de actuaciones irreproducible, es preciso en virtud de las normas del debido proceso y defensa, que el tribunal advierta a las partes y permitan a los mismos presenciar dichos estudios, incluso con la asistencia de sus correspondientes consultores técnicos.¹²

Los peritos tienen, por consiguiente, que estar advertidos por el tribunal de la necesidad de comunicarle cualquier acto que se pueda tener como irreproducible a los efectos de salvaguardar a las partes el ejercicio del control de la práctica de la pericia. En los casos, en que las pericias no dan lugar a la realización de hechos irreproducible, el técnico deberá rendir su dictamen y el tribunal dará la audiencia correspondiente a las partes para que realicen las observaciones que consideren oportunas, solicitando adiciones, aclaraciones, e incluso, pidiendo otros peritos en discordia.

El tribunal, como director del proceso, advertirá al perito de su obligación de evitar destruir, alterar o de cualquier otra forma modificar los elementos de prueba que se le sometan para su análisis, por lo cual, en caso de tener que hacerlo deberá contar en forma previa con la autorización correspondiente del tribunal.

El perito debe ser advertido al aceptar el cargo, de su obligación de no comunicar a las partes ni a terceros ajenos al proceso (en el sentido más amplio del término), los resultados de

10 Corujo Guardia, William, "Pericia: su valoración crítica", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 2, Montevideo-Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 298. "El Perito no es sujeto principal del proceso por lo que no le corresponde ni plantear el *Thema Decidendum* (función de las partes) ni resolverlo (función del juez); su dictamen no obliga y este criterio ha sido sustentado unánimemente por Doctrina y Jurisprudencia".

11 Abreu Gómez, Ernesto, "Perito y peritajes", en *Revista Criminalia* Año XXXV, No. 9, México D.F., 30 setiembre 1969, p. 572. "La pericia supone en la persona que la va a efectuar, o sea, el perito, una sabiduría exacta de la materia que va a tratar; no es solamente eso lo que requiere el perito, requiere un conocimiento exacto y concreto de las cosas que él va a estudiar; en esas condiciones es muy natural que el perito sea una persona, pues, que tenga fama pública de conocedor en la materia. Pero todavía se necesita otro atributo y éste es de mucha importancia: La honestidad. La honestidad en los peritos es una cosa básica".

12 El consultor técnico es de nombramiento de las partes interesadas para que les asistan y colaboren con la defensa de sus intereses y que dirige su abogado; siendo aquí importante anotar, que es un asesoramiento técnico a diferencia del abogado que labora en la parte jurídica y es el responsable de los intereses de su cliente.

sus conclusiones y estudios, pues, es al tribunal al que le corresponde tener la primicia del conocimiento, por lo que entramos así en el ámbito de la exigencia de un principio de lealtad al tribunal, partiendo de la tesis que en caso de violación a dicha obligación, el tribunal tiene la facultad de anular el dictamen como consecuencia del nombramiento que éste mismo dio; reserva que se considera que también debe guardar el perito luego de haber presentado su estudio, ya que los comentarios y las opiniones fuera del expediente a las partes del proceso o a terceros hacen que se comprometa el dictamen y su objetividad.

Derivación del criterio anterior, es el hecho de que los peritajes deben estar ordenados por el tribunal competente para tener valor probatorio, de ahí que las realizadas *a priori* por las partes como preparación de una demanda o contestación, carecen de eficacia probatoria al ser extrajudiciales y en cuyo caso los litigantes pueden hacerlas valer como prueba testimonial.

Todo perito al ser nombrado debe comparecer formalmente al tribunal, por medio escrito, dentro del plazo conferido para manifestar la aceptación del cargo y jurar cumplirlo fielmente y así ser entendido de las consideraciones expuestas, de manera tal que ello advierte al perito de su obligación de cumplir su labor con la más estricta objetividad, por lo que en el dictamen deberá dar afirmaciones claras, precisas y sustentables, nunca supuestas o presuntas y en caso de tener que hacerlas así advertir las razones para indicarlas.¹³

En algunos casos, por la naturaleza de las pericias a realizar, el tribunal debe recurrir al nombramiento de varios peritos para que elaboren los estudios encomendados estando implícita la obligación de practicar los exámenes en forma conjunta y hacer sus deliberaciones en forma secreta, redactando el dictamen en forma común si hubiere así acuerdo; en defecto de lo cual, lo deberán hacer por separado con las explicaciones del caso.

Hoy es ampliamente aceptada también, la posibilidad de que las pericias puedan ser rendidas por personas jurídicas públicas y privadas, por lo que es usual pedir pericias a empresas auditoras, a institutos universitarios que realizan estudios en diversos campos como la agronomía, medicina, farmacia, etc. No obstante, para tener valor probatorio de pericia, los intervinientes deben aceptar el cargo y ser debidamente juramentados por el tribunal, pues en caso

13 Clariá Olmedo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Buenos Aires, Argentina: Ediar S.A. Editores, 1961. p. 331. “El perito produce su dictamen en forma razonada, motivando las conclusiones, como manera de hacer inteligible un elemento de prueba cuya observación directa presentaba dificultades o dejaba serias dudas acerca de su significación”. En igual sentido, Devis Echandía, Hernando, en su obra *Teoría General Prueba Judicial*, Tomo II. p. 321, nos dice que “el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina, que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del juicio con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de experiencia que conoce y aplica para esos fines, en forma explicada, motivada y convincente”.

contrario, participamos del criterio que su valor probatorio será otro,¹⁴ como sería documental o bien testimonial.

Así en litigios donde existen diferendos como en materia agraria, suele exigirse pericias a institutos para determinar la vocación agrícola de los fundos, establecer zonas catastrales. Los casos más comunes en la práctica judicial son en el campo del derecho penal, familiar, laboral, donde se piden estudios en psicología, psiquiatría, medicina laboral, traumatología. En otras áreas se solicitan más bien a instituciones públicas establecidas y no a peritos en forma específica, al estar ya establecidos por Ley como peritos oficiales y por ende ya están debidamente juramentados y advertidos de sus responsabilidades, lo cual es suficiente.

Como regla, los dictámenes deben ser presentados por escrito, incluyéndose en ellos, hasta donde sea posible, todas las apreciaciones realizadas, pruebas hechas, métodos seguidos, elementos de prueba observados y valorados así como cualquier detalle que permita al tribunal y a las partes establecer el grado de confiabilidad del mismo. También, deberá contener un apartado de conclusiones que le permitan a los jueces conocer las valoraciones finales a que el técnico se ha comprometido con su estudio.

Parte del compromiso adquirido por el perito es el realizar todo tipo de adición o aclaración a su dictamen, así como comparecer, si es preciso, a evacuar dichos extremos en forma verbal ante el tribunal y ante las partes.

Todo perito (excepto los oficiales que ya tienen una remuneración preestablecida y un presupuesto de trabajo) que designe el tribunal adquiere con el cumplimiento de su encargo, el derecho a ser remunerado adecuadamente por su labor, a ser notificado de previo a la aceptación del cargo, del monto a recibir y a pedir, si es preciso, autorizaciones para incurrir en gastos adicionales con posterioridad a esa aceptación y a readecuar sus honorarios. Lo anterior en las legislaciones y doctrina no se cuestiona y es una obligación para la parte proponente satisfacerlos inicialmente, para posteriormente con la resolución final del conflicto, al resolver el extremo de costas, proceder el Tribunal a la condena de éstas al vencido en juicio, o bien, a absolverlo de dichos pagos.

III. PRÁCTICA Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 44 del Reglamento vigente de la CIDH, aprobado en su XXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 9 al 20 de septiembre de 1996, contempla el principio de la li-

¹⁴ En tal sentido, véase Oderigo, Mario A. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1971. p. 204. “Ciertas personas jurídicas, públicas o privadas, como las academias, universidades, etc., pueden ser consultadas sobre cuestiones de ciencia, arte o industria, pidiéndoles informes, que tendrán determinado valor probatorio, proporcionado a la autoridad de las personas físicas que las integran, pero no representarán dictámenes periciales, en el preciso sentido legal”.

bertad de la prueba y la valoración de ésta tiene que hacerlo conforme con las reglas de la sana crítica.

Sobre ese principio de aplicación jurisprudencial de la libertad de la prueba (todo se puede probar y por cualquier medio), la CIDH es del criterio que “...*la jurisprudencia internacional ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas, aunque ha evitado siempre suministrar una rígida determinación del quantum de prueba necesario para fundar el fallo*”.¹⁵

Sobre el sistema de valoración que ha venido aplicando la CIDH, basado en las reglas de la sana crítica o libre convicción, se ha fijado por jurisprudencia, que “[l]a Corte debe determinar cuáles han de ser los criterios de valoración de las pruebas aplicables en [cada] caso. Ni la Convención ni el Estatuto de la Corte o su Reglamento tratan esta materia...”.¹⁶ Efectivamente, revisados los instrumentos legales en mención por la Corte, no encontramos norma expresa sobre el particular y se considera atinada la jurisprudencia del tribunal, la cual se ajusta en un todo al espíritu del artículo 44 *ejecusdem* y doctrinas modernas.

La Corte, al valorar la prueba, ha venido aplicando las reglas de la sana crítica (reglas de la lógica, psicología y experiencia) como criterio de valoración y que ha dado fundamento para su aplicación hasta la fecha.¹⁷ Refiere la jurisprudencia de la Corte, que la valoración de la prueba según las reglas de la sana crítica permitirán a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados.¹⁸

La CIDH ha reforzado la norma 44 *ejecusdem* mostrando oportunidad al hacerlo dada su condición de tribunal internacional de derechos humanos, indicando que los criterios de apreciación de la prueba “...*tienen la mayor amplitud, pues la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, permite al Tribunal una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante él sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia*”.¹⁹

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Estatuto y Reglamento de la Corte, no regulan en forma adecuada los medios de prueba usualmente utilizados

15 Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 127. En igual sentido, Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No.5, párr. 133 y Corte I.D.H., *Caso Fairén Solís y Solís Corrales*, Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6. párr. 130.

16 *Idem.*, *Idem.* e *Idem.*

17 *Ibid.*, párr. 129, *Ibid.*, párr. 135 y *Ibid.*, párr. 132.

18 Corte I.D.H., *Caso Paniagua Morales y otros*, Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 76.

19 Corte I.D.H., *Caso Blake*, Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 50. En similar sentido, véase Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 42 y Corte I.D.H., *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 39.

en los procesos ante este Tribunal, tales como la documental, testimonial y pericial; tan sólo en el capítulo IV de su Reglamento se refiere al tema de la prueba en los artículos 43 al 54 inclusive, pero en forma muy general, obligando a la Corte su realización y valoración, según lo hemos dicho, a recurrir a la doctrina y práctica internacional que se ha venido concretando en cada uno de sus pronunciamientos.

En el indicado capítulo, en relación con la prueba pericial (como demás medios de prueba) se establece que los gastos los cubrirá la parte que la proponga (artículo 45 del Reglamento). Aquí cabe señalar que la práctica ha consistido en que la Corte excepcionalmente ha ordenado de oficio las pericias, la mayoría de las veces ha sido la parte interesada la que ofrece no sólo la prueba sino que indica al técnico que la Corte citará como perito para que rinda el dictamen y se encarga de cubrir los gastos correspondientes.

Dicha práctica podría modificarse de modo que la Corte cuente con una lista de profesionales en diversas disciplinas que hayan sido previamente escogidos mediante sistemas de convocatoria para la integración de la misma y así el Tribunal designará al perito y la parte interesada se limitará a solicitar su práctica y a cubrir sus gastos. Este sistema garantiza aún más la objetividad en la realización de la prueba pericial que como hemos visto está concebida como auxiliar de los jueces y como prueba necesaria cuando estos requieren de conocimientos específicos relacionados sobre un caso concreto.

El que se le haya permitido a las partes indicar el perito, ha conllevado a vicios esencialmente en términos de relevancia y pertinencia de la prueba, ya que en algunos casos los expertos que rindieron su pericia en la audiencia pública trataron temas doctrinarios generales y no importantes al *thema probandum* del asunto, los cuales estaban en contra del principio *iura novit curia*. Con dicha práctica se le impide al Tribunal ser el director de la pericia y el tratamiento que debe darse a dicha prueba no es el de pericia sino de prueba testimonial, porque los peritos así asignados no son realmente auxiliares de los jueces sino testigos de las partes proponentes. Ello desvirtúa la prueba pericial, ya que incluso, al ser propuestos por las partes podría existir en los estudios enfoques subjetivos para convencer de una tesis al tribunal, perdiéndose con ello la necesaria objetividad que caracteriza a los informes técnicos, viéndose así perjudicada, en última instancia, la administración de justicia.

Existe también la práctica de que las pericias en numerosos casos son presentadas en forma verbal en la audiencia pública y no por escrito. Se está en desacuerdo, en que no se establezca como obligación el que sean sin excepción, presentadas por escrito a la Corte ya que la práctica existente podría afectar a la parte contraria en cuanto al ejercicio del derecho de defensa y ello debilita el debido proceso.

La pericia verbal es inconveniente tanto para la Corte como para la parte contraria. El Tribunal ve debilitado su derecho de ser director de la pericia controlando su ejercicio en términos de relevancia y pertinencia; así como también, se perjudica a las partes intervinientes que van a escuchar por vez primera una pericia verbal con su tecnicidad, evitándose su total com-

presión y sin tener un documento escrito con su contenido, para controlar la prueba mediante preguntas aclarativas y ampliativas oportunas y para determinar incluso, la necesidad de una nueva pericia.

Efectivamente, una pericia por definición es técnica y si se parte de que no sólo los jueces sino que también las partes, incluyendo a sus abogados, adolecen de conocimientos en esas ciencias, artes o técnicas, es preciso para éstos últimos, por razones de defensa y debido proceso, que se les permita tener esa pericia por escrito para tener la posibilidad de buscar un consultor técnico que pueda en la forma ya indicada, valorar y controlar lo que en la pericia afirma el técnico. Al rendirse de viva voz en la audiencia, la parte tendrá más limitaciones, como se ha dicho, para el ejercicio de sus derechos que los que tendría contando con un informe escrito que el perito deberá defender en esa audiencia ante el ejercicio efectivo del derecho de defensa de las partes, en donde por ejemplo, se podría replicar prueba pericial en otra pericial.

El problema de la pericia verbal está unido a la práctica de que la parte interesada propone el perito, ya que podría generar desigualdades entre las partes que afecten el debido proceso como un todo, pues la parte proponente pudo haber tenido comentarios previos que le permitan tener un adelanto de lo que se escuchará en la audiencia pública, ya que para determinar la posibilidad de que el técnico rinda un dictamen debió explicarle el caso antes y este, *prima facie*, haberle indicado sobre sus posibilidades de rendir la pericia y, con esto, dado al menos un enfoque primario del cual adolece la parte contraria, con la posibilidad de darse una desigualdad probatoria. Dicha práctica también compromete al perito como técnico en su rol de auxiliar de los jueces y en su compromiso de lealtad pericial.

Se encuentra en la práctica de la Corte, que se omite la formalidad de que los técnicos ante la misma, acepten el cargo como acto procesal previo a rendir la pericia. Ello es consecuencia de no haberlo ésta designado, por lo que únicamente la parte interesada ofrece la pericia e indica el técnico junto con sus atestados. La Corte lo convoca y éste se presenta a la audiencia pública, se le juramenta y rinde el dictamen.

La aceptación del cargo es una formalidad esencial para la prueba pericial y está unida a la de su juramentación (pero no son lo mismo), puesto que con ella el perito se compromete a presentar el dictamen y a cumplir fielmente su cometido y en estricto apego a sus conocimientos técnicos, va obligarse a presentar el informe por escrito, así como a comparecer a la audiencia pública si es requerido por el Tribunal, para hacer cualquier aclaración o adición a su dictamen, lo que incluso, puede igualmente hacerlo por escrito, viéndose así reforzado el principio de comunidad de la prueba.²⁰

²⁰ Se parte de que la prueba pericial junto con la testimonial y documental, son las pruebas fundamentales de todo proceso y que por consiguiente, es necesario que existan regulaciones adecuadas y precisas acerca de su práctica. El principio de la verdad real o material, exige que los elementos de prueba llegados al proceso por las partes sean comunes, por lo que no es prueba que pertenecerá y favorecerá sólo a su proponente sino que se incorpora al proceso como un todo, para la investigación de esa verdad.

De acuerdo con la práctica seguida por la CIDH, el perito ofrecido por la parte proponente y convocado debidamente por la Corte a la audiencia pública no siempre comparece.²¹ Esto se evitaría con la aceptación previa. Además, la Corte tendría la posibilidad de gestionar sanciones ante los Estados, según su legislación interna, contra el perito que no compareciere o que rehusare deponer sin motivo legítimo, según el artículo 51 del Reglamento, al no existir aceptación, podría evitar dichas sanciones al no haber firmado una aceptación del cargo y no estar juramentado.

De esa práctica de que el perito rinda a viva voz su dictamen, pareciera que se ha venido utilizando la juramentación como parte de la aceptación del cargo ante la Corte, siendo la fórmula prevista por el párrafo 1 del artículo 47 del Reglamento en mención la siguiente:

“Juro”-o “declaro solemnemente”-“que ejerceré mis funciones de perito con todo honor y con toda conciencia”.

Este juramento o declaración que ordena la norma del párrafo 3 del artículo 47 del Reglamento, tiene que cumplirse ante la Corte o ante el presidente u otro de los jueces que actúe por delegación de ella.

Así regulado el juramento, tenemos que su naturaleza es de carácter promisorio al ser prestado antes de la rendición del dictamen, por lo que no se admite el juramento aseverativo que se presta después del dictamen, afirmando haber dicho la verdad, ya que la fórmula “*ejerceré mis funciones de perito*” es a futuro.

Hay que hacer la distinción en la práctica de la Corte, entre el acto de la aceptación y el de la juramentación, pues si bien pueden realizarse en un mismo acto o en momentos distintos, no son lo mismo. La doctrina es unánime en considerar que la finalidad del juramento es dar “*una garantía de la severidad concienzuda de su examen y de la sinceridad de sus afirmaciones y atestigua su buena voluntad para hacer intervenir toda su ciencia y echar mano de todos los medios que da ésta para responder razonada y positivamente a las preguntas que se le han hecho*”²² es así un verdadero compromiso de fidelidad pericial.²³ A diferencia, la aceptación es un compromiso que en materia pericial debe ser libre para obligarse a rendir la peritación y que vincula al aceptante frente al Tribunal de manera tal, que la omisión a realizarla lo hace acreedor de sanciones como las que la Corte puede gestionar conforme con el artículo 51 de su Reglamento el cual dispone:

21 *Caso Loayza Tamayo*, supra nota 19, párr. 17, *Caso Castillo Páez*, supra nota 19, párr. 28 y *Caso Paniagua Morales y otros*, supra nota 18, párr. 39.

22 Mittermair. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid, España, 1929. p. 154.

23 Nuñez, Ricardo C., *Op.cit.*, p. 23. “La fidelidad pericial implica el deber de afirmar la verdad o no negarla ni callarla en su informe sobre las cuestiones a dilucidar. El incumplimiento de este deber, además que por las sanciones disciplinarias de naturaleza administrativa (si es perito en cargo oficial) o profesional, está castigado como delito...”.

Incomparecencia o falsa deposición

La Corte podrá solicitar a los Estados que apliquen las sanciones que su legislación disponga contra quienes no comparecieren o rehusaren deponer sin motivo legítimo o que, en el parecer de la misma Corte, hayan violado el juramento.

En la aceptación va implícita la no existencia de motivos de recusación e inhibición, que impidan el aceptar el cargo para el perito, o que al menos, no son de su conocimiento, pero que de conocerlas y omitirlas por dolo, haría absolutamente nulo el peritaje rendido.

Esa aceptación, puede hacerse coincidir en el tiempo o no, pero en todo caso la aceptación siempre debe darse por el perito en forma escrita mediante documento dirigido a la CIDH y presentado en los términos regulados por el artículo 26 del Reglamento, sea, presentándolo personalmente, vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado, así como darse en forma previa. Hecha la aceptación, la Corte procederá a la juramentación en los términos ya indicados y según la formalidad prevista por el artículo 47 de su Reglamento.

En materia de recusación e inhibición, existe tanto en doctrina como en la normativa y jurisprudencia de la Corte, coincidencia de que a los peritos le son aplicables los mismos motivos regulados para los jueces y que se explica por su condición de auxiliares de los jueces, motivos que son previstos en el artículo 19.1 del Estatuto. El artículo 49.1 del Reglamento acoge dicha posición estableciendo:

1. Las causales de impedimento para los jueces previstas en el artículo 19.1 del Estatuto serán aplicables a los peritos.

El artículo 19.1 del Estatuto dispone:

Impedimento, Excusas e Inhabilitación

1. Los jueces estarán impedidos de participar en asuntos en que ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieren intervenido anteriormente como agentes, consejeros, o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.

2. Si alguno de los jueces estuviere impedido de conocer, o por algún motivo calificado considerare que no debe participar en determinado asunto, presentará su excusa ante el Presidente. Si éste no la aceptare, la Corte decidirá.

3. Si el Presidente considera que alguno de los jueces tiene causal de impedimento o por algún otro motivo calificado no deba participar en determinado asunto, así se lo hará saber. Si el juez en cuestión estuviere en desacuerdo, la Corte decidirá.

4. Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo Permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos.

En la jurisprudencia de la CIDH existen pocos casos donde se han invocado motivos de recusación e inhibición y no encontramos precedente donde se haya aceptado la recusación planteada y separado al técnico de su pericia. Al rechazar la recusación planteada, la Corte ha ordenado siempre sus deposiciones reservándose el derecho de valorarlas posteriormente.

Dentro de la jurisprudencia existente en materia de recusaciones citamos la siguiente:

32. Suriname recusa en su escrito a los expertos que la Comisión había ofrecido para que declararan en la audiencia fijada para el 7 de julio de 1992. Dice que los expertos deberían deponer mediante declaración jurada, para lo cual ya habría vencido la etapa procesal respectiva, y que sólo serían admisibles en la audiencia declaraciones testimoniales. El Gobierno ofrece en su escrito las pruebas correspondientes.

...

35. Frente a lo expresado por las partes, las pruebas ofrecidas y la recusación efectuada por Suriname respecto de los peritos propuestos por la Comisión, el Presidente resolvió el 19 de junio de 1992 que la audiencia convocada para el 7 de julio de 1992... tendría por objeto escuchar los argumentos de Suriname y las observaciones de la Comisión acerca de las recusaciones planteadas y recibir, si procediere, las declaraciones ofrecidas por las partes y escuchar los alegatos de éstas sobre las reparaciones y las costas.

...

37. En la audiencia la Corte rechazó las recusaciones presentadas por Suriname y recibió las declaraciones “*reservándose el derecho de valorarlas posteriormente*”. Los testigos y peritos propuestos por las partes respondieron a los interrogatorios de éstas y de los jueces.²⁴

Esta cita jurisprudencial, refleja también las prácticas vistas de la juramentación, ofrecimiento de peritos por las partes, deposiciones periciales orales en la audiencia pública.

Dentro de lo *sui generis* de la práctica de la pericia ante la Corte, la presentación del informe por escrito en ciertos casos ha sido presentado²⁵ sobre todo cuando la CIDH de oficio la ha ordenado, no obstante lo usual es la presentación verbal rendida en la audiencia pública.

De la jurisprudencia y práctica de la Corte, se determina un gran uso que ésta y las partes han hecho de la prueba pericial. Particularmente, ha tenido gran importancia en casos de re-

24 Corte I.D.H., *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párrs. 32, 35 y 37.

25 *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, supra* nota 15, párr. 55.

paraciones para determinar los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y el daño moral, en donde es esencial.

Se pasará a citar algunos casos donde se demuestra el uso e importancia de la pericia en los asuntos sometidos ante la CIDH. Veamos:

En materia de reparaciones, en la sentencia de 14 de septiembre de 1996 en el caso El Amparo, en los párrafos 12 y 28 que a continuación se transcriben, la Corte consideró pertinente utilizar los servicios profesionales de un perito para determinar los montos a indemnizar. Dichos párrafos dicen:

12. Con el fin de determinar el monto de las indemnizaciones en forma adecuada y apegada a los aspectos técnicos respectivos, se consideró pertinente utilizar los servicios profesionales de un perito actuario. Para dichos efectos se designó al Licenciado [E.Z.J.], actuario asesor de San José, Costa Rica, cuyos dictámenes fueron recibidos en la Secretaría de la Corte los días 5 y 9 de agosto de 1996. El actuario se limitó en sus dictámenes a hacer las operaciones aritméticas con base en los datos que se contienen en los alegatos de las partes y las pruebas que obran en el expediente.

...

28. Con base en la información recibida y los cálculos efectuados por el actuario designado *ad effectum*, la Corte calculó que la indemnización que corresponde otorgar a cada una de las víctimas o sus familias, se basa en la edad que tenían aquéllas al momento de la muerte y los años que les faltaban para llegar a la edad en que se calcula la cifra de la expectativa normal de vida en Venezuela o el tiempo que permanecieron sin trabajar en el caso de los dos sobrevivientes. La Corte basó sus cálculos tomando como salario base un monto no menor al costo de la canasta alimentaria básica por ser una cantidad superior al salario básico rural al momento de los hechos. Una vez efectuado dicho cálculo, se le aplicó una deducción del 25% por gastos personales, como lo ha hecho en otros casos. A ese monto se le sumaron los intereses corrientes desde la fecha de los hechos hasta el presente.²⁶

Como se aprecia, la Corte en el párrafo 12, conforme a sus amplias facultades en materia de prueba recurrió a la prueba pericial por considerarla pertinente, siendo aquí, un perito actuario matemático que rinde su informe en forma escrita como es lo correcto. Importante también es señalar, que en el párrafo 28 citado, la Corte en aplicación de sus amplias facultades de valoración y usando las reglas de la sana crítica, fundamenta la indemnización, indicando como corresponde, la aplicación e interpretación que hace del informe y fija un criterio para reparar basado en dichas reglas.

²⁶ Corte I.D.H., *Caso El Amparo, Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párrs. 12 y 28. Véase en igual sentido, Corte I.D.H., *Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 34.

Existen algunos casos donde hay que están en contra del principio *iura novit curia*. Por ejemplo, en la sentencia del caso Loayza Tamayo de 17 de septiembre de 1997 se encuentran las siguientes:

h. ...El perito [H.F.L.], experto y profesor universitario, se refirió al derecho a la libertad personal, a las formas de detención y a la arbitrariedad de la misma. Indicó cuales eran las condiciones y principios generales para que el procedimiento judicial fuese considerado justo, se refirió el principio *non bis in idem* y al contenido del artículo 27 de la Convención.

i. ...El perito [J.M.], experto y profesor universitario, se refirió al principio *non bis in idem*, al principio de inocencia, a la declaración del imputado como medio de defensa y a la forma extensiva en que debe interpretarse la Convención Americana.²⁷

Se considera que las dos pericias citadas informan sobre puntos doctrinales de importancia, pero que por el principio *iura novit curia*, no eran relevantes, por ser dominio de todo juzgador al ser de uso universal. Las indicadas pericias fueron ofrecidas por el interesado; como se señaló, esa práctica impide a la Corte el ejercicio, de controles de relevancia y pertinencia.

En el caso Castillo Páez, resuelto mediante sentencia de 3 de noviembre de 1997 se puede citar como ejemplo una pericia relevante y pertinente:

f. ...Declaró sobre la práctica de desapariciones en el Perú y la situación de violencia en general... Informó sobre sus experiencias en relación con la violencia en el Perú y aportó estadísticas sobre el tema; que a partir del año 1989 “Sendero Luminoso” comenzó a concentrar sus actividades de una manera creciente en Lima, convirtiendo esta ciudad en un centro de violencia política armada. Relató que la actividad de desaparición de personas comenzó a manifestarse paralelamente a este incremento en la violencia, que existió el mismo patrón de comportamiento que algunos efectivos militares y policiales habían aplicado en el interior y en la ciudad de Lima y que fue así como se incrementó el número de desapariciones producidas en dicha ciudad; que había una cierta desconfianza hacia la población, el campesinado en el interior y los estudiantes en los centros urbanos y que el Poder Judicial tenía que soportar, en ese sentido, presiones de los jefes militares del país; que entre los años 1984 y 1990 se registraron, ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1916 casos de desapariciones forzadas en el Perú y presentó documentos en respaldo. Con motivo de esta declaración en la misma audiencia, el representante del Estado expresó que la subversión requería de elementos humanos para integrar sus huestes y que secuestró a muchas personas para llenar sus filas haciéndolos parecer desaparecidos; sin embargo, el experto respondió que la mayor parte de las denuncias eran presentadas por los familiares de las víctimas, los cuales estaban presentes cuando ocurrieron los hechos y responsabilizaban de estos a los militares o a los policías. Según el experto,

27 Caso Loayza Tamayo, *supra* nota 19, párr. 45.h.-i.

también “Sendero Luminoso” era responsable de la desaparición de algunas personas pero el número mayor de desaparecidos, cuyo nombre es conocido, se apoya en denuncias de familiares que han podido acreditar que la autoría correspondía a efectivos militares y en una menor proporción, a miembros de la Policía.²⁸

En la sentencia referida, la Corte indicó:

42. Fundada en la prueba documental y testimonial, en particular el dictamen del experto presentado por la Comisión, la Corte estima como demostrado que durante la época a que se hace referencia, existía en Perú, divulgado como un hecho notorio por la prensa, una práctica por parte de las fuerzas de seguridad que consistía en la desaparición forzada de personas consideradas como miembros de grupos subversivos. Además, dichas desapariciones fueron también realizadas contra estudiantes y que, a inicios de los años noventa, en ocasiones, las fuerzas de seguridad introducían a los detenidos en la maleta de las patrullas policiales, como ocurrió en este caso (*Informe Anual de 1991 Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos; Informes de [1991 y 1993] del Grupo de Trabajo [de las Naciones Unidas] sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias; informe del perito doctor [E.B.B.], recortes de prensa*).²⁹

Aquí se tiene una pericia de utilidad para la investigación de la verdad real o histórica de los hechos, en función de una correcta administración de justicia y verdadera auxiliar del tribunal, en este caso, la CIDH.

La Corte algunas veces requiere pericias que señalen la legislación vigente y su aplicación en el derecho interno de un Estado. En dichos supuestos, no existe contradicción con el principio *iura novit curia*, ya que la Corte como Tribunal Internacional requiere conocer esa legislación para valorar la prueba aportada por las partes.³⁰

En la jurisprudencia de la Corte, se encuentran pericias diversas. Por ejemplo, en el caso Godínez Cruz hay una pericia que se utilizó para determinar el presunto daño moral invocado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que la Corte consideró de la siguiente manera:

28 *Caso Castillo Páez*, *supra* nota 19, párr. 30.f.

29 *Ibid.*, párr. 42.

30 *Caso Paniagua Morales y otros*, *supra* nota 18, párr. 67.i. j. y k. En igual sentido, *Caso Loayza Tamayo*, *supra* nota 19, párr. 45.j y Corte I.D.H. *Caso Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párrs 23.e y 29, en este caso la Corte acoge plenamente la pericia diciéndolo así en la valoración dada a la prueba en su punto 30: “La declaración de la testigo señora [C.A.] y el informe pericial del doctor [E.A.G.] tampoco fueron objetados por el Estado y, por ello, la Corte tiene por probados los hechos declarados por la primera, así como las consideraciones que, sobre el derecho ecuatoriano, hizo el perito”.

49. Los daños morales están demostrados en los documentos periciales y en la declaración rendida por el doctor en Psiquiatría [A.F.] ... Según tal declaración el mencionado doctor realizó exámenes a la esposa de [S.G.C.], señora [E.E.de G.] y a la niña [E.P.G.E.]. En tales exámenes aparece que sufrían de diversos síntomas de sobresalto, angustia, depresión y retraimiento, todo ello con motivo de la desaparición del padre de familia. El Gobierno no pudo desvirtuar la existencia de problemas psicológicos que afectan a los familiares de la víctima. La Corte considera evidente que, como resultado de la desaparición de [S. G. C.], se produjeron consecuencias psíquicas nocivas en sus familiares inmediatos, las que deben ser indemnizadas bajo el concepto de daño moral.

50. La Corte estima la indemnización que debe cubrir el Gobierno por daño moral, en la cantidad de doscientos cincuenta mil lempiras que se pagarán a la cónyuge y a la hija de [S.G. C.], en la forma que luego se precisará.³¹

Esta cita también evidencia, la facultad valorativa de la Corte en la pericia, como medio de prueba, para formar su convicción sobre el caso específico.

Existen precedentes sobre pericias ordenadas por la CIDH para mejor resolver. En el caso Gangaram Panday se dispuso luego de la audiencia pública que:

30. Después de haber escuchado a los testigos y peritos y oídos los alegatos de las partes sobre el fondo, el Presidente, por resolución de 10 de julio de 1992, ordenó las siguientes pruebas adicionales con el fin de esclarecer los hechos:

1. Solicitar opiniones técnicas sobre los aspectos criminales y psiquiátricos del caso y las traducciones, las que serán requeridas por el Juez Asdrúbal Aguiar-Aranguren a personal especializado en Venezuela.
2. Solicitar opinión interpretativa, a través de la Secretaría de la Corte, a la Sección de Medicatura Forense del Organismo de Investigación Judicial de Costa Rica acerca de los informes médicos que cursan en autos, incluida la cinta de video y las diapositivas.³²

En igual sentido, se ordenó una prueba pericial en el caso Fairén Garbi y Solís Corrales. En ambos casos, los peritajes sirvieron a la Corte como elementos de juicio para determinar la verdad real de los hechos. Así, en el caso Fairén Garbi y Solís Corrales la prueba sirvió como parte del fundamento de la Corte para tener por probado, que el Estado no era responsable de

31 Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8, párrs. 49 y 50. En igual sentido, Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria. (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párrs. 51 y 52.

32 Corte I.D.H., *Caso Gangaram Panday*, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 30. En igual sentido, *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales*, *supra* nota 15, párr. 38.

la desaparición de las víctimas.³³ En el caso *Gangaram Panday*, el peritaje con otros elementos de prueba, dio indicios para descartar la posibilidad de que la víctima hubiere sido torturada.³⁴

Finalmente, se indica que en el artículo 50 del Reglamento, se regula la protección para los peritos que han rendido sus dictámenes ante la Corte y que textualmente dice:

Protección de testigos y peritos

Los Estados no podrán enjuiciar a los testigos ni a los peritos, ni ejercer represalias contra ellos o sus familiares, a causa de sus declaraciones o dictámenes rendidos ante la Corte.

La existencia de dicha protección es importante, ya que como se aprecia de las referencias jurisprudenciales aquí citadas, por la naturaleza de la materia que conoce la Corte, los peritos rinden informes sobre asuntos de trascendencia política o social para diversos sectores de la sociedad. Sólo con normas de protección como las contenidas en dicho numeral, se tiene garantizada la seguridad del perito y sus familiares.

IV. CONCLUSIONES

Se concluye que la pericia es un medio de prueba que ha adquirido gran importancia, debido al auge que han tenido en este siglo las diversas artes, ciencias y técnicas, las que permiten que la misma se desarrolle como auxiliar de los jueces en la administración de justicia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya cuenta con más de dieciocho años de existencia y durante ese tiempo, ha conocido numerosos casos en los cuales se han rendido múltiples pericias en diversos campos. No obstante, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estatuto y el Reglamento de la Corte no contienen normas precisas que regulen su uso, por lo que se recomienda la revisión de dicha normativa respecto de este medio de prueba, con base en su jurisprudencia y la doctrina para de este modo ver aún más fortalecidos los derechos de defensa y del debido proceso.

En esa revisión, se debe partir de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Internacional, cuenta con parámetros más flexibles para el empleo y valoración de la prueba, en razón de su naturaleza y materia que conoce. En virtud de lo anterior, la Corte a través de su jurisprudencia ha determinado los criterios en materia de admisibilidad, realización y valoración de la prueba, lo cual ha hecho atinadamente conforme a los principios de la libertad de la prueba y a las reglas de la sana crítica.

³³ *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales*, *supra* nota 15, párr. 156.

³⁴ *Caso Gangaram Panday*, *supra* nota 32, párr. 56.

Se considera conveniente que se introduzcan ciertos cambios en la práctica de la prueba pericial, de manera que corresponda al Tribunal el nombramiento de los peritos. También, es necesario regular el acto formal de la aceptación del cargo, diferenciándolo del de su juramento para garantizar así la rendición de la pericia y que en caso contrario, se pueda aplicar lo dispuesto en el artículo 51 del Reglamento de la Corte. Asimismo, por la naturaleza técnica de la prueba pericial, debe preverse que el dictamen se presente por escrito, con la obligación de realizar aclaraciones o adiciones al mismo y el compromiso que asume el perito al aceptar el cargo, de comparecer a la audiencia pública para su exposición, si es necesario.

REFLEXIONES SOBRE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

Diego Valadés^(*)

SUMARIO: 1. Consideraciones generales; 2. Algunos objetivos alcanzados en materia de cooperación; 3. Problemas de la justicia; 4. Formas de cooperación internacional en materia de justicia; 5. La eficiencia de la justicia; 6. Nuevo programa de cooperación; 7. Referencias.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La cooperación jurídica internacional ha sido una de las actividades a las que Héctor Fix-Zamudio, uno de los más insignes juristas mexicanos del siglo XX, ha dedicado una parte de sus profundos estudios y en las que ha participado con intensidad ejemplar. Su apasionante labor, en la que de manera especial se ha comprometido con la causa de los derechos humanos y con la justicia constitucional, es y será motivo de orientación para varias generaciones de estudiosos del derecho.

El objetivo de ampliar el espacio judicial internacional, y los fructíferos resultados que en algunos aspectos ya se han conseguido, permiten prever que en una etapa cercana de las relaciones institucionales habrán de adoptarse nuevos y mejores instrumentos para facilitar la acción de la justicia en el marco de la cooperación internacional.

Existen, sin embargo, aspectos adicionales a los procesales que pueden dar lugar al establecimiento de programas de cooperación que consoliden las acciones en marcha y faciliten

^(*) Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

las que hayan de emprenderse. Después de todo la cooperación no es sino una forma de solidaridad que se caracteriza por asociar esfuerzos sin conculcar las diferencias individualizadoras de quienes los realizan. Adicionalmente, a través de la cooperación internacional en materia judicial es posible impulsar acciones que se traduzcan en el mejor funcionamiento del sistema constitucional.

No está por demás subrayar que hay algunas cuestiones conceptuales, subyacentes en todo proceso y programa de cooperación, con relación a las cuales Iberoamérica y Europa marchan por sendas distintas. Tal vez la más notable de esas diferencias concierna a la idea de soberanía nacional. Las razones históricas y estratégicas ahora prevalecientes en Europa para redefinir el contenido de la soberanía, no coinciden con las realidades y percepciones iberoamericanas. Omitir este aspecto, en tratándose de programas y acciones internacionales, podría llevar a errores de cálculo que dificultaran el entendimiento o que frustraran los propósitos.

A diferencia de la la Comunidad Europea, en Iberoamérica subsiste una marcada asimetría en las relaciones continentales. Sin el poderoso soporte conceptual de la soberanía nacional el hemisferio entero habría sucumbido ante los procesos expansionistas norteamericano y europeo particularmente acentuados durante el siglo XIX. La soberanía nacional es el elemento funcional más importante de que disponen los Estados iberoamericanos para articular su política internacional y para insertarse en los procesos de intercambio comercial y, en general, de cooperación, sin las reservas que podrían ser alentadas ante la ausencia de un instrumento eficaz de resguardo de la integridad e identidad nacionales.

Estas consideraciones tampoco deben sorprender en Europa, donde las nacionalidades están jugando un papel tan significado en las reivindicaciones regionalistas. No se trata, desde luego, de fenómenos históricos y jurídicos equiparables, pero sí de procesos que encuentran puntos de contacto en la salvaguarda de las diferencias como elemento de identidad.

En cuanto a las fórmulas constitucionales adoptadas, en Iberoamérica la idea de soberanía popular también continúa firmemente establecida. No debe ser entendida como una expresión arcaica de la política, sino como el eje de la legitimidad de las nuevas democracias iberoamericanas. Desde luego, es discutible la posibilidad de construir y consolidar una democracia en cualquier parte sin una base legitimadora asentada en la soberanía popular. No es este el espacio para formular consideraciones acerca del futuro previsible para los Estados que han optado por la dilución paulatina de la soberanía; pero en el caso específico de Iberoamérica los procesos de democratización serían por completo insustentables si no partieran de los postulados que atribuyen la soberanía al pueblo, de manera originaria e inalienable.

De esas definiciones constitucionales se desprenden las acciones de inserción en la comunidad internacional y las fórmulas de cooperación que les resultan compatibles. A diferencia de la cooperación, la idea de globalización es un eufemismo que encubre la subordinación de los sistemas representativos nacionales a los grandes esquemas adoptados internacionalmente. La cooperación supone la participación activa de los Estados en la consecución de fines comu-

nes, en tanto que la globalización implica la indiferenciación e incluso la dilución de la presencia internacional del Estado. La cooperación se asienta en la personalidad internacional del Estado, mientras que la globalización sugiere el abatimiento de esa personalidad. La cooperación se basa en la comunicación y en la decisión autónoma, en tanto que la globalización supone imposición mecánica e indiscriminada.

2. ALGUNOS OBJETIVOS ALCANZADOS EN MATERIA DE COOPERACIÓN

El proceso de internacionalización de la justicia tiene íntima relación con la preservación de la paz en el mundo. A su vez, la consolidación de la democracia es un requisito indispensable para alcanzar la paz. Así, la democracia en la vida interna de los Estados y la paz en la comunidad internacional encuentran un valioso soporte en las instancias internacionales de justicia.

La homogeneidad democrática de la comunidad internacional está auspiciando el singular fenómeno de la generalización del raciocinio judicial. Tiende a ser frecuente que los tribunales de un país invoquen consideraciones de tribunales extranjeros para fundamentar sus propias resoluciones. Slaughter (186 y ss.) identifica diversos casos en los que las Cortes de Israel, Alemania y Canadá han invocado recientemente decisiones de la norteamericana; la de África del Sur lo ha hecho de sentencias dictadas en Hungría, India, Tanzania, Canadá, Alemania y la Corte Europea de Derechos Humanos, y un miembro de la Corte de Estados Unidos reconoce que “cada vez ve con más frecuencia las decisiones de otros tribunales constitucionales”.

Héctor Fix-Zamudio, uno de los más notables juristas mexicanos contemporáneos, ha analizado con detenimiento las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales. La formación de los tribunales internacionales ha requerido de un gran esfuerzo adaptativo de las instituciones nacionales. El profesor Fix-Zamudio revisa los ordenamientos constitucionales iberoamericanos, y los instrumentos comunitarios europeos, para demostrar que la evolución ha sido consistente, pero ha tenido que superar resistencias internas y soportar presiones externas.

Esa es una de las mejores formas de apreciar la magnitud de los esfuerzos de cooperación judicial emprendidos hasta la fecha. Los resultados alcanzados no son homogéneos, pero apuntan en el sentido de un creciente desarrollo hacia el futuro. Un buen ejemplo es la decisión del Consejo de Europa para que, a partir del 1 de noviembre de 1998 funcione un tribunal único de derechos humanos, que fusionará, con las consiguientes ventajas de expeditez, a la Comisión Europea y a la Corte Europea de Derechos Humanos, creadas en 1954 y 1959, respectivamente.

En Iberoamérica también quedan aspectos importantes en la agenda. Como Fix-Zamudio señala, México, por ejemplo, a diferencia de otros quince países del área, no se ha sometido a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni ha rati-

ficado el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. La jurisprudencia mexicana tampoco ha definido aun la eficacia de los tratados internacionales en el ámbito interno. Eso no obstante, merced al Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos y Canadá, se han establecido tribunales arbitrales binacionales cuyas decisiones no son impugnables ante los tribunales nacionales.

Como se puede apreciar, el caso mexicano ejemplifica el de un desarrollo diacrónico pero en todo caso constante hacia la internacionalización de algunos aspectos de la vida jurídica de las naciones. Estos rubros tienden a localizarse esencialmente en derechos humanos, comercio y asuntos penales. Cada uno de esos temas tiene su propia causa y también una especial dinámica. La materia penal, por su naturaleza, es quizá la de más vieja raigambre; la comercial ha venido creciendo bajo el impulso de los apremios y exigencias para ordenar los intercambios mundiales cada vez más intensos. El caso de los derechos humanos obedece a otra lógica, y sobre esto es posible hacer una breve reflexión.

El constitucionalismo moderno tiene como eje la garantía de los derechos humanos. Todo el instrumental jurídico provisto por las constituciones para asegurar el origen y ejercicio legítimos del poder se orienta en el sentido de asegurar la positividad y eficacia de los derechos humanos. La defensa internacional de esos derechos se explica en tanto que cada Estado los ha consagrado como centro de su pacto constitutivo. No se trata, por tanto, de una imposición externa ni superior al Estado nacional, sino de una acción paralela y correlativa a la naturaleza misma del Estado de Derecho.

Lo valioso de la acción internacional es que permitió hacer frente, primero mediante la denuncia y después por los remedios institucionales adoptados, al déficit normativo, o si se prefiere a los extremos nominales, alcanzados por numerosos órdenes constitucionales. Se hizo frecuente que entre las declaraciones constitucionales y las realidades sociales se produjeran considerables distancias. La violación de los derechos humanos alcanzó grados de extraordinaria sordidez, asociados en su mayor parte a la presencia de dictaduras. En ninguna etapa histórica se han registrado hechos violatorios de los derechos humanos de la magnitud alcanzada en el siglo XX. El fenómeno es sobrecogedor. Brzezinski (18 y ss.) ha calculado que el número de muertos alcanzado en la presente centuria por diversas acciones de violencia política es superior a la suma de los diecinueve siglos previos. La acción internacional ha contribuido poderosamente al restablecimiento no sólo del respeto a los derechos humanos sino, por esa vía, al del propio constitucionalismo.

La aparente paradoja consiste en que también las democracias consolidadas participan en los procesos de internacionalización de la defensa de los derechos humanos. En principio parece una incongruencia que una democracia requiera de la acción de instancias externas para garantizar lo que ella, por su propia naturaleza, debe asegurar a todo individuo. En el caso iberoamericano una parte de la explicación es relativamente simple: ciertas inercias, sobre todo las que asocian la violación de los derechos humanos con casos de tortura, continúan produciéndose, así sea en escala menor si se compara con la incidencia durante los períodos de dictadura o

de autoritarismo. Otra razón adicional reside en que las posibilidades de regresiones autoritarias no están por completo descartadas.

El caso europeo es diferente. Una parte de la explicación está referida a las tendencias xenofóbicas, identificables incluso en las tesis de algunos partidos políticos, que amenazan con vulnerar a una parte de la población migratoria. Por otro lado se cierne la presencia espectral de luchas como la escenificada en Bosnia y, en palabras de Teodoro Adorno, para algunas sociedades todavía está pendiente “hacer frente al pasado aclarándolo”, para evitar que se repita.

En cualquier caso es posible decir que si la internacionalización de la defensa de los derechos humanos en una primera fase estuvo asociada a la falta de libertades y a su correlato de arbitrariedad, posteriormente han influido o bien la desconfianza ante los órganos jurisdiccionales nacionales, o bien a la ineficiencia de esos órganos para garantizar su vigencia en el ámbito interno. La acción internacional obligó a los Estados a adoptar políticas internas de derechos humanos que incluyeron la revisión de procedimientos y estructuras judiciales y la creación de organismos especializados.

El reforzamiento de los instrumentos internacionales para la defensa de los derechos humanos cumple una doble función: preservar lo conseguido e inhibir los retrocesos. Adicionalmente, en Iberoamérica y en Europa hay un factor común que permite entender por qué sigue siendo importante la acción internacional para garantizar el respeto de los derechos humanos: las deficiencias no superadas en la impartición de la justicia y la percepción social dominante desfavorable a las instituciones de procuración, administración e impartición de justicia. El desarrollo previsible permite apuntar en el sentido de que a mayor eficiencia de los órganos de justicia, mayor confianza, y en esta medida menor recurrencia a las instancias internacionales. Esto no afectará el papel de los órganos internacionales para la defensa de los derechos humanos, como instituciones rectoras para salvaguardar la vigencia de esos derechos ante las fluctuaciones posibles en los espacios nacionales.

3. PROBLEMAS DE LA JUSTICIA

Las dos posguerras han sido identificadas con sendas tendencias constitucionales orientadas a la defensa de los intereses sociales (México, en 1917 y Alemania, en 1919, dieron la pauta) y a la racionalización de las democracias (Alemania, en 1947 e Italia en 1948, iniciaron el proceso). Sin embargo, en esa caracterización de las tendencias constitucionales se han pasado por alto las decisiones adoptadas para consolidar, como órganos eficaces del poder, a los de naturaleza jurisdiccional.

Ese fenómeno es particularmente perceptible cuando se examinan las concepciones dominantes sobre la democracia, a la que por lo general se identifica con los procesos políticos para acceder y ejercer el poder. En esta dimensión la justicia no tiene cabida más que tangencialmente; pero si por democracia se entiende un sistema de convivencia legítimamente estableci-

do para garantizar los valores de la libertad y de la igualdad, entonces los órganos de la justicia dejan de tener una función accesoria y adquieren una relevancia central.

El prejuicio que margina a los tribunales viene de muy atrás. “De los tres poderes que hemos hablado, decía Montesquieu, el de juzgar es, en cierto modo, nulo” (110). No se puede decir que tuviera razón, porque si bien la función de juzgar consistía en dirimir conflictos, al hacerlo ejercía una función del poder: aplicar la ley. Sin embargo, lo que Montesquieu implicaba era otra cosa: un tribunal no creaba la ley que aplicaba, ni ejecutaba las resoluciones que dictaba. En esa medida, desde su perspectiva, no era un órgano del poder, sino un órgano subordinado a otros órganos del poder. Un eco distante resonó todavía cuando, en su informe de 1996, el presidente de la Corte norteamericana ratificó la paradoja de ser independientes pero depender del legislador y del ejecutivo para la aprobación de las normas que les permiten administrar justicia.

El poder efectivo de los tribunales tiene una naturaleza negativa para los otros órganos del poder, en tanto que puede dejar sin efecto sus decisiones. Ese poder se consolida, realmente, cuando son capaces de declarar la inconstitucionalidad de una norma. Aun cuando esta facultad surge desde principios del siglo XIX en Estados Unidos merced a la decisión de la Corte Suprema presidida por Marshall, sólo en el siglo XX adquiere las características de una institución, a partir de la Constitución austriaca de 1920, concebida por Kelsen. Se trata, por ende, de un proceso iniciado en la primera posguerra y que se ha extendido hasta nuestro tiempo.

Otro cambio relevante dentro de la estructura judicial corresponde a la autonomía de su administración y a la profesionalización de sus miembros. Si bien es posible identificar un antecedente remoto en el Consejo Superior de la Magistratura italiano, de 1907, en realidad no es sino hasta que, desde la segunda posguerra, comienza un ciclo de innovaciones iniciado por la Constitución italiana, que gracias a Calamandrei instituyó el Consejo Superior de la Magistratura, cuyo ejemplo se ha irradiado a numerosos sistemas constitucionales del mundo.

La importancia de esos cambios se ha traducido en que el órgano judicial del poder ha adquirido una nueva dimensión. De un “poder nulo” ha pasado a ser un auténtico órgano del Estado, cuya jerarquía hoy nadie controvierte; pero lo que sí se discute es su funcionalidad. Ocuere algo equivalente a lo que sucedió con la polémica en torno a la función de los parlamentos. Cuando éstos, llevados de los excesos, se deslizaron al asambleísmo, se les responsabilizó de la inestabilidad política interna y de la incapacidad para asegurar la paz externa. El severo cuestionamiento del parlamentarismo, al que Carl Schmitt contribuyó de manera decidida, sólo pudo ser superado gracias a un creativo esfuerzo de racionalización que, en nuestro tiempo, ha restablecido la salud de los parlamentos.

De manera análoga se requiere hoy un imaginativo esfuerzo de racionalización del funcionamiento de los sistemas judiciales. La seguridad y la justicia son parte de la función primigenia del Estado. El Estado de bienestar había asignado una función central a la justicia colectiva a través de programas de gobierno, dejando en un segundo plano de sus preocupaciones los

objetivos de la justicia impartida por los tribunales. La quiebra (explicable pero no justificable) del Estado de bienestar obliga a replantear las prioridades y las estrategias para satisfacer las demandas sociales de justicia, y en esa medida deberá privilegiarse la acción de los órganos de justicia.

La justicia está siendo mal juzgada. Es la mayor paradoja del poder en nuestro tiempo. Se habla de su afectación por la política (politización de la justicia) o de su injerencia en la política (judicialización de la política); se insiste en su morosidad, en su ineficacia, a veces hasta en su desviación ética. Como toda generalización, la que concierne a la justicia da pábulo a inexactitudes y exageraciones, pero en todo caso forma parte de una manera de verla que está más o menos extendida en diferentes ámbitos nacionales. El problema es de extrema complejidad, porque además de las tendencias a la “politización de la justicia” y a la “judicialización de la política”, se ha producido una tercera actitud, advertida por Habermas: la “tribunalización” de la sociedad (63 y ss.). Este fenómeno tiene que ver con las reticencias generalizadas con relación a la política y a la justicia, alentadas por la burocratización, por la corrupción pública y, tal vez en mayor grado, por el acoso al que ha sido sometido el Estado. Esa “tribunalización” consiste en la asunción, por parte de la sociedad y de los medios de comunicación, de las funciones de denuncia, consignación y enjuiciamiento de “los enemigos del pueblo”.

Ante los fenómenos de desafección por los órganos judiciales del poder, los Estados han respondido con una doble estrategia: reforzar el instrumental técnico (normas procesales, autonomía de gestión, aplicación de recursos) y propiciar la internacionalización de algunos aspectos judiciales, como garantía alternativa de objetividad. Pero ambas estrategias ocultan, en realidad, una omisión: la falta de compromiso para defender, con el vigor que se requiere, el prestigio de los tribunales. A veces se da la impresión de que los órganos políticos del Estado han dejado a su suerte al órgano judicial. A su capa de su autonomía, subliminalmente se marca una distancia ascéptica que pone una barrera de protección para que los juicios adversos a la justicia no afectan a la política. Más aún: para que el deterioro de la imagen de la justicia suponga una forma de indemnidad para la política.

Si se mira con detenimiento, es frecuente que los órganos del poder político procuren alejarse de las responsabilidades con relación a la justicia, para que los problemas de ésta operen como fenómeno distractivo en el debate de las cuestiones nacionales. Al permitir que la duda se cierna sobre los órganos de justicia, se atenúan la magnitud y el efecto de las dudas que recaen sobre los órganos y los procesos políticos.

Al margen de lo que pueda constituir una imagen estereotipada de los órganos de justicia, e independientemente de los casos aislados de irregularidades que se puedan advertir, lo cierto es que la solvencia ética y la profesionalidad de sus integrantes constituyen un signo dominante de su vida institucional. Hay otra realidad, empero, menos convincente: el acceso a la justicia sigue siendo un objetivo inalcanzado, o a lo menos dificultado, para un voluminoso segmento de la población, y entre los jueces y los justiciables se suelen interponer agentes no visibles pero sí responsables de muchas dilaciones: los abogados.

Es evidente que hay problemas pendientes y emergentes que tienen diversas causas pero un sólo efecto: entorpecen la impartición de justicia. Las distorsiones en cuanto a la percepción de los órganos de justicia pueden resultar excesivas, y las cuestiones de imagen pueden parecer frívolas, pero en el fondo existen hechos que, magnificados o no, forman parte de un elenco de insatisfacciones sociales endémicas. Si por un lado las imputaciones desmedidas en contra de los órganos judiciales no son objetivamente sustentables, por otra parte tampoco se puede ni puede ocultar el déficit de justicia que afecta a la mayor parte de las sociedades de nuestro tiempo.

Entre las fórmulas propuestas, sobre todo en la esfera internacional, para suplir deficiencias del aparato judicial, se insiste en el arbitraje. De buena fe, muchas personas simpatizan con esta opción por la economía procesal que representa en cuanto a la composición de conflictos y por la hipotética confiabilidad de quienes la practican. Con el arbitraje, se agrega, resulta fortalecida la sociedad civil, cuyos miembros asumen parcialmente las tareas de justicia. Se trata de una visión errónea. Uno de los problemas más agudos a que tiene que hacer frente la organización jurisdiccional del Estado es la contradicción de las resoluciones judiciales. La difícil solución técnica de ese fenómeno implica, entre otras medidas, una eficaz comunicación en el interior de la organización. Si se dejara que las resoluciones contradictorias proliferaran, los problemas de ejecución de sentencias alcanzarían niveles de extraordinaria dimensión, en perjuicio de las condiciones objetivas de impartición de justicia. En el largo plazo la heterocomposición de los conflictos dejaría de ser un instrumento de cohesión social. Incluso los términos de la cooperación internacional en materia judicial resultarían afectados. Las propuestas de arbitraje, en muchos casos atendibles, no pueden ser consideradas como soluciones alternas para el problema de fondo, que consiste en elevar la eficiencia de los órganos de la justicia.

4. FORMAS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA

De manera general los instrumentos de cooperación internacional en materia de justicia se han orientado a cuestiones relacionadas con su procuración e impartición. Los acuerdos bilaterales y multilaterales se relacionan, esencialmente, con temas como extradición, derechos humanos, conflictos de leyes, ejecución de sentencias, persecución de delitos, controversias comerciales, propiedad intelectual y cuestiones registrales. Se trata, en suma, de una cooperación centrada en la función de la justicia y en la seguridad jurídica.

Un aspecto que prácticamente ha sido preterido en el ámbito de la cooperación es el que concierne al desarrollo de los órganos de justicia. Puesto el énfasis en la función adjetiva de la justicia, no se ha considerado que el funcionamiento orgánico de la justicia puede ser a su vez un importante aspecto para la cooperación. Este aspecto es relevante porque es el que permitiría abordar, mediante esfuerzos de gran alcance, los problemas comunes que tanto afectan a la eficacia del aparato judicial.

Así, esquemáticamente es posible distinguir dos formas de cooperación internacional en

materia de justicia: por una parte, la que atiende a la impartición de justicia, y por otra la que concierne al desarrollo de los órganos de impartición de justicia. De manera dominante, los instrumentos internacionales se han orientado hacia la primera de las opciones, dejando que los esfuerzos orientados al segundo de los aspectos sean atendidos conforme programas de naturaleza nacional.

Es evidente que los resultados obtenidos a través de la cooperación relacionada con las funciones adjetivas hacen aconsejable continuar por esa vertiente. Las necesidades del Estado para enfrentar a la delincuencia, y las exigencias de los particulares para resolver los problemas de los intercambios, llevan a ampliar de manera creciente los términos de esta forma de cooperación internacional. Sin embargo, la agenda de la cooperación no puede agotarse ahí. En tanto que se tomen en cuenta los cuestionamientos dirigidos a los órganos judiciales, y en la medida en que los Estados nacionales están involucrados en procesos, a veces interminables, de reformas judiciales para atender las explicables demandas sociales de una justicia accesible, objetiva y expedita, se abre una opción más para la cooperación internacional.

Los programas de cooperación han prestado poca atención al tema de la justicia. Las principales acciones de carácter multilateral en esta materia están orientadas al funcionamiento y desarrollo de los órganos jurisdiccionales internacionales, al derecho de la propiedad intelectual y a la armonización de la normativa comercial y del derecho internacional privado. Desde luego, como hemos dicho antes, los derechos humanos han sido objeto de un amplio tratamiento. En este capítulo se incluyen los derechos del menor, de la mujer, del indígena, y la proscripción de la tortura y de la discriminación. Es muy sensible, sin embargo, la omisión de los derechos de los emigrantes. Otros aspectos jurídicos son incluidos en los programas de cooperación, pero como elementos instrumentales de los temas centrales: medio ambiente, trabajo, comunicaciones, desarme y salud.

Un caso que denota la estrecha forma de cooperación alcanzada lo representa la Organización de las Cortes Supremas de las Américas, fundada en Washington en octubre de 1995, con la participación original de los presidentes de las Cortes de Argentina, Colombia, El Salvador, Estados Unidos, Panamá, Uruguay, Venezuela, y diversos países del Caribe. Entre sus objetivos se propone promover la cooperación judicial internacional e “intercambiar puntos de vista, información, estudiar y entender los respectivos sistemas legales” (*The Third Branch*, 1 y ss.).

La Organización de las Naciones Unidas cuenta con diversos organismos especializados en cuestiones como alimentos, salud, trabajo, educación y desarrollo, donde las cuestiones jurídicas ocupan un lugar relevante, pero no existe un organismo ni un programa específicamente referido a los problemas de la justicia en los ámbitos nacionales. En ese sentido es muy significativo que los indicadores de desarrollo humano adoptados por la ONU son la salud, la educación y el ingreso.

Aparentemente se excluye de los indicadores del desarrollo humano aquellos que no

puedan ser objetivamente mensurados. Después de todo las tasas de natalidad, morbilidad y mortalidad son susceptibles de precisión estadística, e igual ocurre con los niveles de educación y con la valoración del ingreso. Medir los niveles de democracia o de justicia parecería algo más próximo a las valoraciones subjetivas que a las demostraciones cuantificables. Así, la exclusión de la justicia y de la democracia como indicadores del desarrollo humano se explicaría por la falta de elementos confiables de medida.

El argumento es atendible en lo que a democracia respecta, pues la calidad de un sistema va más allá de la sola expresión electoral, única realmente susceptible de medición. Pero en el caso de la justicia se trata de un falso problema o, para mejor decir, de un problema preterido. Una de las más dinámicas ramas de la sociología del derecho y del derecho económico es la que tiene por objeto desarrollar mecanismos de medición del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. Puede decirse que en tanto que no hayan sido determinados esos mecanismos, la identificación de los problemas de la justicia seguirá basándose en una tradición empírica que tiene treinta siglos de antigüedad, si hemos de reportarnos a las primeras manifestaciones conocidas para regular la impartición de justicia.

5. LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA

No ha habido una sola etapa histórica en que el tema de la justicia haya estado ausente. Sorprende, por lo mismo, que habiéndose alcanzado un tan alto grado de desarrollo en otros aspectos de la organización social, el de la justicia, a pesar de su centralidad, haya quedado sujeto a la intuición, a veces por fortuna de los grandes juristas, pero substraído a la sistematización de los problemas organizacionales. En el desarrollo institucional de la justicia han sido valiosas las perspectivas conceptuales, pero ha faltado el análisis de las organizaciones. La omisión no ha sido intencional. Las investigaciones para determinar los instrumentos que permitan medir la eficiencia de la justicia son relativamente recientes, y hacen falta vigorosos apoyos para que puedan ofrecer los resultados esperados.

Un ilustrativo ensayo de Héctor Fix-Fierro plantea con gran rigor la magnitud del problema y las formas de abordarlo. El autor sustenta que el concepto de eficiencia es imprescindible cuando se pretende evaluar, “mediante criterios racionales, el funcionamiento de un aparato organizado (como es la administración de justicia) que utiliza recursos sociales escasos”. Esos criterios, de acuerdo con Fix-Fierro, incluyen el examen de las variables que explican la litigiosidad judicial; las características, composición y estructura de esa litigiosidad; las políticas judiciales que estimulan o inhiben la litigiosidad; el contenido de la oferta judicial; la explicación de la dilación en los procedimientos, y las limitaciones el acceso a la justicia (28 y ss). Estos criterios serían objeto de medida, según la metodología propuesta por el investigador mexicano, que previamente examina las experiencias ya registradas en Alemania, Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, España, Francia, Gran Bretaña, Perú y Venezuela.

Planeada como cuestión susceptible de programas de cooperación internacional, el tema

de la metodología para la evaluación de la justicia no suscitaría reservas desde el punto de vista de los Estados soberanos. De la misma forma que han sido adoptados diferentes instrumentos que permiten cotejar los indicadores de desarrollo humano y económico, los mecanismos y procedimientos que se utilicen para medir el rendimiento de los órganos de la justicia podrán ser totalmente ascéuticos en cuanto al régimen interno de los Estados.

En el orden de las instituciones jurídicas tampoco se cuenta con estudios empíricos de naturaleza sociológico-jurídica que permitan apreciar su eficacia. Héctor Fix-Zamudio (1994: 295) ha señalado la falta de lineamientos de valoración de instituciones tan relevantes como el *habeas corpus* y el derecho de amparo. La observación es extrapolable a otras instituciones jurídicas. Los Estados, por ejemplo, suelen convenir fórmulas de extradición, pero la eficacia del aparato judicial de cada una de las partes puede hacer que la aplicación de esos tratados resulte tan asimétrica que a la postre los efectos producidos no guarden relación alguna con los alcances procurados.

Las desemejanzas en la eficiencia de las instituciones judiciales puede generar, en el mediano plazo, situaciones lesivas para la soberanía de los Estados. Los intercambios comerciales están forzando la adopción de instrumentos de composición de controversias que contrastan con los diseños constitucionales modernos. La ardua conquista de un espacio en el poder por parte de los órganos jurisdiccionales es contrariada por la circunstancia, creciente, de que los órganos arbitrales en materia internacional tienden a vincularse en mayor medida al ámbito administrativo que al judicial. Se trata de una derogación sutil, parcial, “de baja intensidad”, pero derogación al fin, del principio de separación de funciones que tan caro ha sido para el constitucionalismo. La inimpugnabilidad de los laudos arbitrales emitidos por los órganos *ad hoc* también constituye una excepción a lo usualmente preceptuado por los ordenamientos nacionales.

Además de la conveniencia de contar instrumentos especializados, una de las causas de que esas modalidades de composición de controversias se vayan desarrollando, a través de acuerdos comerciales internacionales, es la duda acerca de eficiencia de las instancias jurisdiccionales nacionales. Aunque existe una clara percepción de que las formas de impartición de justicia tienen un efecto importante en la vida económica nacional e internacional, lo cierto es que tampoco sobre este aspecto se ha aplicado una metodología uniforme de estudio. Al igual que lo señalado por Fix-Zamudio con relación al amparo y al *habeas corpus*, la legislación comercial, los sistemas de contratos y el régimen de sucesiones, por ejemplo, tampoco han sido valorados empíricamente más que en casos circunscritos a la vida de muy pocos Estados.

6. NUEVO PROGRAMA DE COOPERACIÓN

Los problemas metodológicos para estudiar la eficiencia de los organismos judiciales hacen recomendable la conjugación de esfuerzos. Es previsible que el tema vaya atrayendo a un número creciente de investigadores, e incluso que los órganos del Estado lleguen a la conclusión de que es necesario suplir las carencias informativas y analíticas que hasta ahora se presen-

tan. La realización de estudios nacionales siempre será de utilidad, pero sus ventajas resultarán mayores si tiende a adoptarse una metodología compatible, que permita comparar los datos de manera útil y confiable, y compartir experiencias y recomendaciones.

La impartición de justicia es una función del Estado a cuyo perfeccionamiento será indispensable destinar un cada vez mayor número de recursos. Independientemente de lo que la justicia representa para la sociedad, ahora también para el Estado significa una de las pocas vías todavía disponibles para recuperar parte del prestigio perdido. La justicia es para la sociedad un instrumento de defensa y para el Estado un mecanismo de legitimación. La convergencia de intereses podrá auspiciar el interés por la eficiencia de los órganos jurisdiccionales, por lo que es previsible la aparición de programas aislados, que atiendan a las preocupaciones de cada comunidad. Ninguna democracia puede funcionar sin una cultura política y sin una cultura jurídica que le den sustento. Más allá de las precisiones conceptuales, la cultura política tiene como requisito la conciencia colectiva de libertad, y la cultura jurídica tiene como presupuesto la conciencia colectiva de moralidad. Ambas son complementarias y representan la única opción posible para consolidar las democracias contemporáneas.

El problema de esos programas aislados, además de la inconexidad que guardarán entre sí, podrá ser el de su onerosidad y, por ende, según los recursos aplicados se obtendrán resultados más o menos confiables. De ahí que un programa internacional que ofrezca la posibilidad de articular una metodología compartida y cotejar los resultados, será de enorme utilidad. Es importante considerar que la multiplicación desarticulada de los instrumentos de información y análisis contribuye más a la confusión que a la elucidación de los problemas. Las fuentes pueden multiplicarse vertiginosamente, pero el destinatario sigue siendo el mismo conjunto de individuos. Puede extenderse el horizonte informativo tanto cuanto se quiera, pero la capacidad personal de asociar, procesar y utilizar esa información seguirá siendo limitada. La información, por ende, no es en sí una panacea; ampliarla es una forma de ayudar a mejorar la calidad de las decisiones, pero su utilidad máxima resultará de la consistencia y sistematización de los datos obtenidos y de su análisis.

Es evidente, por otra parte, que un programa de esa magnitud requeriría esfuerzos convergentes que también facilitarían otras áreas de cooperación. Ningún sistema de estudio de la eficiencia de la justicia podría llevarse a cabo, por ejemplo, sin un poderoso apoyo informático. Un grupo de investigadores mexicanos (Héctor Fix-Fierro, Sergio López Ayllón y Sergio L. Matute) ha afirmado que la “informática jurídica desarrollada en las universidades debería vincularse con necesidades reales del exterior” (224). La observación es aplicable al caso que aquí se plantea. Iberoamérica cuenta ya con importantes recursos de informática jurídica que podrían coordinarse para su mejor aprovechamiento.

Los productos de un programa de esas características se irradiarían sobre la totalidad del sistema de justicia, en tanto que a partir de la evaluación de la justicia y de las propuestas para el mejor desempeño de los tribunales se incidiría en la política legislativa, en el acceso a la justicia, en la calidad del personal institucional, en la regulación de la abogacía. Esto tampoco se-

ría una panacea, pero ofrecería, al menos, una nueva opción para abordar el problema de la impartición de justicia, esta vez como una forma de cooperación de la comunidad internacional, en la que Iberoamérica podría dar el ejemplo.

7. REFERENCIAS

BRZEZINSKI, Zbigniew, *Out of Control*, Macmillan Publishing Co., N. York, 1993.

FIX-FIERRO, Héctor, *La eficiencia de la justicia (Una aproximación y una propuesta)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.

FIX-FIERRO, Héctor, LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, MATUTE C., Sergio L., “Tendencias y perspectivas de la informática jurídica”, en *Tendencias actuales del Derecho*, José Luis Soberanes, comp., Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional latinoamericana”, en *Tendencias actuales del Derecho*, José Luis Soberanes, comp., Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales (Conferencias dictadas en el Colegio de México).

HABERMAS, Jürgen, *Más allá del Estado Nacional*, Trotta, Madrid, 1997.

MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid 1995.

SALUGHTER, Anne-Marie, “The real New World Order”, en *Foreign Affairs*, vol. 76, nº 5, septiembre-octubre 1997.

The Third Branch Newsletter, Administrative Office of U. S: Courts, Washington, D. C., noviembre de 1995.

EL OMBUDSMAN LATINOAMERICANO^(*)

Leo Valladares Lanza^(**)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ADAPTACIÓN DE LA FIGURA DEL OMBUDSMAN A LA REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA DE LATINOAMÉRICA. a) Realidades a las que se enfrenta el Ombudsman Criollo. b) El Ombudsman Latinoamericano y la Educación. c) El Ombudsman y la consolidación del estado de derecho. d) Las amenazas del propio sistema. e) Solidaridad de los ombudsmen. III. PANORAMA ACTUAL DE LOS RETOS QUE SE PLANTEAN AL OMBUDSMAN LATINOAMERICANO. 1. Resolver las violaciones a los derechos humanos. 2. Debe mostrar su propia personalidad. 3. Consolidación del proceso democrático. 4. Convertirse en un motor de los necesarios cambios económicos. 5. Participación activa en la lucha por la seguridad ciudadana impulsando cambios en los sistemas judiciales y de policía. 6. La afirmación de la primacía del poder civil. 7. Lucha contra la pobreza. 8. Lucha contra las distintas formas de discriminación. 9. Lucha contra la impunidad. 10. Participación dinámica en la protección de los derechos humanos. 11. Fortalecimiento de una cultura de paz. 12. Propiciar como derecho humano el derecho al desarrollo. 13. El ombudsman latinoamericano y la gobernabilidad democrática.

I. INTRODUCCIÓN

No es el propósito de este trabajo hacer un análisis detallado del funcionamiento de la institución del ombudsman en cada uno de los países de América Latina que han adoptado es-

(*) Recoge este trabajo en lo sustancial la ponencia presentada por el autor en el VI Congreso Internacional del International Ombudsman Institute, celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 20 al 24 de octubre de 1996.

(**) El autor es Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras, Presidente del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos y Primer Vicepresidente de la Federación Iberoamericana de Ombudsman, FIO.

ta institución. Únicamente, pretendemos dar unas pinceladas de la compleja situación en que debe desenvolverse este, que ha sido llamado el “ombudsman criollo”, y plantear algunos de los desafíos que se le presentan. Con ello queremos compartir experiencias con todos los ombudsman del mundo, en particular aquellos que tienen circunstancias similares a las nuestras.

Existe en América Latina una variedad de ombudsman que va desde las comisiones nacionales y estatales de derechos humanos de México, pasando por los procuradores de derechos humanos de Guatemala y El Salvador, por el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras, el Defensor de los Habitantes de Costa Rica, los defensores del pueblo en Argentina, Colombia, Perú, Panamá y Bolivia, así como los ombudsman regionales y provinciales. En ellos, con diversas modalidades se dan las características que la doctrina internacional atribuye al ombudsman, como la de:

- Tener de preferencia, rango constitucional;
- Ser elegidos por los parlamentos y revocados en su cargo por estos;
- Actuar protegidos por la más absoluta independencia frente a las administraciones que fiscaliza;
- Rendir cuentas al parlamento que lo elige y sólo ante el, a través de sus informes anuales o periódicos;
- Que a su vez sea una persona al margen de disciplinas partidarias; y,
- Finalmente, que sus resoluciones no pretendan adquirir la fuerza de cosa juzgada, invadiendo el terreno propio de los órganos jurisdiccionales, sino sólo formular recomendaciones

También en América Latina el Ombudsman está:

- Al servicio directo de los ciudadanos y es a ellos a quienes debe auxiliar frente a los excesos de las administraciones y sus servidores;
- No está sometido a procedimiento riguroso para recibir las quejas o efectuar las investigaciones;
- La gratuidad de dicho procedimiento y no exigencia de representación por abogado;
- La obligación de todas las administraciones y autoridades de auxiliar al ombudsman en sus investigaciones; y,
- El riesgo de incurrir en responsabilidades incluso penal.

Se configura así el ombudsman latinoamericano como un mecanismo constitucional de apoyo y de fortalecimiento de todos aquellos otros poderes tradicionalmente establecidos en toda sociedad democrática, como son los tribunales de justicia independientes. El ombudsman latinoamericano no pretende sustituir a las instituciones existentes dentro del ordenamiento jurídico, sino, reforzarlas, hacerlas cumplir sus obligaciones, actuando complementariamente con ellas.

El surgimiento del ombudsman latinoamericano obedece a la exigencia ineludible de fortalecer la democracia, basada en el respeto de los derechos humanos y en el correcto funcionamiento del Estado de Derecho. De allí que esta institución esté vinculada a la transición democrática de América Latina.

II. ADAPTACIÓN DE LA FIGURA DEL OMBUDSMAN A LA REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA DE LATINOAMÉRICA

Es Guatemala el país que tiene el honor de instaurar por vez primera en América Latina, la figura del ombudsman, en su Constitución de 1985, con el nombre de Procurador de los Derechos Humanos. A partir de allí la figura se va extendiendo por todo el continente y en la actualidad, cuentan con esta institución, siguiendo un orden geográfico, de norte a sur: México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Panamá, Colombia, Perú y Argentina. En otros países, ya se ha incorporado la figura a la Constitución como: Nicaragua, Paraguay, Ecuador y Bolivia y se espera la aprobación de las leyes respectivas y el nombramiento de su titular.

El creciente éxito y el desarrollo acelerado que está alcanzando la institución del ombudsman en América Latina obedece a varias razones. Debe destacarse, en primer lugar, que los países latinoamericanos en la década de los ochenta, después de años de dictadura, retornaron a la democracia. En la mayoría de ellos se celebraron elecciones, se votaron nuevas constituciones, en otros se reformaron. Existió y existe la preocupación de consolidar una auténtica democracia, para evitar el fantasma de la vuelta a las dictaduras, las violaciones masivas de los derechos humanos, la pobreza y marginalidad de grandes sectores de la población.

Para lograr este esfuerzo se introduce la figura del ombudsman, como una garantía de que ese proceso hacia la democracia se consolidara, y se toma como modelo al Defensor del Pueblo de España, como figura también nacida del proceso de transición democrática que ese país vivió a finales de la década de los setenta. Pero este ombudsman latinoamericano tiene que aceptar retos específicos de la realidad en que deberá desarrollar sus funciones. Es un proceso similar al del mestizaje, los europeos traen su cultura pero esta se funde con la de los indígenas, habitantes de estos países, y surge así una figura con características propias, que el ombudsman mexicano Jorge Madrazo, ha llamado con el nombre de “ombudsman criollo”.¹

a) *Realidades a las que se enfrenta el Ombudsman Criollo*

Este ombudsman criollo se encuentra con un estado cuyas instituciones son débiles e ineficaces, faltas de confianza y credibilidad, por parte de los ciudadanos. Se encuentra en algunos casos con las heridas aún no cicatrizadas de masivas violaciones a los derechos humanos, cometidas por gobiernos autoritarios que aún no han sido suficientemente investigadas: tor-

¹ El Ombudsman Criollo. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., Primera Edición, Septiembre de 1996.

turas, desapariciones forzadas, etc. Debe hacer frente a los reclamos por la lentitud de los procesos judiciales, la impunidad creciente por la falta de una adecuada actividad de los organismos de investigación. Encuentra una cruda realidad: que existen miles de personas que carecen de vivienda, alimentación, acceso a los servicios de salud y educación; que grandes sectores de la población son marginados: niños y niñas, mujeres, ancianos, grupos indígenas, etc. En fin, se da cuenta de la integralidad de los derechos humanos, pues no solamente debe velar por la protección de los derechos civiles y políticos, sino también por los económicos, sociales y culturales.

Podemos entender así, el por qué de la denominación que se da a algunos de los ombudsmen latinoamericanos como procuradores o comisionados de los derechos humanos, porque en nuestro continente el ombudsman tiene ese papel, de defender los derechos humanos, más que el tradicional, de controlar los actos de la administración pública. Y no es que los ombudsmen latinoamericanos no se preocupen por controlar los actos abusivos de la administración, si lo hace, pero es claro, deben elegir entre la urgencia que presenta la atención de una denuncia por la detención ilegal de una persona, que además está siendo torturada, que por la queja de una persona que alega, que la autoridad no ha hecho caso a su reclamo porque un vecino hace mucho ruido y no lo deja descansar.

b) *El Ombudsman Latinoamericano y la Educación*

Un área en la que el ombudsman criollo ha debido de incursionar es en el campo educativo. No es que el ombudsman se convierta en una institución educadora, que suplante el deber de las instituciones públicas en materia educativa, pero se encuentra con la realidad de que muchas autoridades desconocen las leyes que deben aplicar y esto claro, se presta a mayores abusos en contra de los ciudadanos. Para evitar esta situación el ombudsman ha tenido que impulsar programas de educación para los funcionarios públicos y vela porque estos conozcan las leyes que deben aplicar. Similar tarea debe realizar con grandes sectores de la población del país, enormes masas de población desconocen cuales son sus derechos fundamentales, y sin conocerlos no pueden defenderlos ni mucho menos exigirlos. Es por ello que nuestros ombudsmen latinoamericanos, impulsan programas educativos con instituciones del Estado y con organismos no gubernamentales, para enseñar a la población a conocer y defender sus derechos. En este sentido, el ombudsman latinoamericano, tiene como una de sus metas lograr que toda la población se apropie de "su derecho" y sea capaz ella misma de exigirlo a las autoridades.

c) *El Ombudsman y la consolidación del estado de derecho*

El papel del ombudsman latinoamericano no solamente es el de garantizar los derechos fundamentales de las personas, de controlar los actos de la administración, también, y esta es una tarea enorme, ayuda a la plena consolidación de un estado de derecho, sugiriendo las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para el respeto pleno de los ciudadanos. En esta tarea el ombudsman contribuye a lo que hoy se llama "governabilidad", es decir, la capacidad de un estado para resolver en forma pacífica y respetando los derechos de cada persona, los

problemas que plantea la sociedad.

d) *Las amenazas del propio sistema*

Algunos ombudsmán latinoamericanos deben afrontar una terrible paradoja, que aún estando su mandato fundado en normas constitucionales, y siendo elegidos por el parlamento, es amenazado y perseguido por otras autoridades que encuentran incómoda y peligrosa su función, o es sometido a campañas de descrédito por los medios de comunicación, como las de decir que es protector de delinquentes, y que obstruye la acción eficaz de la policía. Otro método para debilitar la acción del ombudsmán es el de reducirle su presupuesto por parte del Estado.

e) *Solidaridad de los ombudsmán*

Los Ombudsmán Latinoamericanos, basados en la universalidad de los Derechos Humanos, han redescubierto sus vínculos culturales e históricos comunes, por ello para enfrentar sus retos, se han agrupado, formando organizaciones como el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, que agrupa a los Ombudsmán Centroamericanos y la Federación Iberoamericana de Ombudsmán, que agrupa a todos los Ombudsmán Latinoamericanos y a los de España y Portugal, con la posibilidad de contar como observadores a todos los ombudsmán del continente, que no forman parte de América Latina.

En el esfuerzo para difundir la figura del ombudsmán en América Latina, debe destacarse el trabajo que han realizado dos organizaciones privadas: el Instituto Latinoamericano del Ombudsmán (ILO) y la Asociación Iberoamericana del Ombudsmán (AIO). A ellas se deben los esfuerzos para que esta institución pudiera establecerse en muchos países. A ambas agrupaciones se les debe rendir un especial agradecimiento.

III. PANORAMA ACTUAL DE LOS RETOS QUE SE PLANTEAN AL OMBUDSMAN LATINOAMERICANO

En este orden de ideas y ante las nuevas realidades plateadas en unos países que aun luchan por establecer una democracia real y consolidar un Estado de Derecho, el Ombudsmán Latinoamericano ha tenido que aceptar nuevos desafíos, de aquí, que siendo esta figura descendiente directo del Defensor del Pueblo de España y, en forma más remota del ombudsmán escandinavo, de cara al fin del siglo y principios del nuevo milenio, podemos detectar los siguientes retos que plantea la institución, para lograr la reafirmación y vigencia de los Derechos Humanos:²

1. *Resolver las violaciones a los derechos humanos.* La primera necesidad, el primer reclamo urgente que encuentra el Ombudsmán latinoamericano fue resolver las violaciones

² Seguimos aquí las valiosas sugerencias de Diego García Sayán, en: "El ombudsmán y las demandas de fin de siglo en América Latina".

de los Derechos Humanos cometidas por los regímenes autoritarios. Aunque había deseos de establecer la Paz, ésta no podía consolidarse si no era por medio de una investigación exhaustiva de lo que había acontecido.

2. *Debe mostrar su propia personalidad.* La figura del Ombudsman Latinoamericano plantea mostrar que no es una copia de otras instituciones que funcionan solo en países "Desarrollados". Al demostrar que sí es una institución que funciona, la paradoja que se produce, es que la población le exija que resuelva todos los problemas del país.
3. *Consolidación del proceso democrático.* La región Latinoamericana y en particular Centroamérica atraviesa por un período de transición y consolidación democrática, caracterizado por una significativa reestructuración social y en sus sistemas de acción social y política, que implica también un surgimiento de nuevas formas de hacer política. Se trataría de una suerte de "revolución de la sociedad civil", variable según los países. Debe contribuir a una nueva cultura política, fortaleciendo las instituciones democráticas para que se produzca, según un neologismo, un "empoderamiento" de la sociedad de sus instituciones, o dicho de otra manera un "empoderamiento" del Estado.
4. *Convertirse en un motor de los necesarios cambios económicos.* En América Latina se han producido durante los últimos años substanciales reformas en sus estructuras y políticas económicas. Como efecto de ello, en casi todos los países la inflación parece controlada y los déficit fiscales han sido reducidos. Sin embargo, los ajustes macroeconómicos no han ido acompañados de medidas eficaces para modernizar y hacer más eficiente la institucionalidad democrática para un desarrollo económico y social sostenido y la protección de los derechos de contenido económico y social.
5. *Participación activa en la lucha por la seguridad ciudadana impulsando cambios en los sistemas judiciales y de policía.* Los sistemas judiciales y de policía son ejemplos evidentes de la crisis institucional. Un ejemplo de esta crisis es la situación de las cárceles y el uso de la tortura o de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Por su lado, la creciente inseguridad ciudadana tiene efectos graves y preocupantes como la justicia por mano propia o las llamadas operaciones limpieza social. Las reacciones de la sociedad y el Estado dada la inoperancia institucional frente a los altos índices de criminalidad, suele ser simplista "ojo por ojo". Y por ello es evidente, genera condiciones que afectan el goce de los derechos fundamentales.

Así también se deber adoptar el concepto de seguridad ciudadana como base sobre la cual deberían organizarse estrategias de desarrollo, de cooperación internacional y la gobernabilidad de la región.

6. *La afirmación de la primacía del poder civil.* La relación no resuelta entre civiles y militares se ha constituido en permanente factor de inestabilidad en la historia de América Latina. El hecho que la institución militar se convierta, en ocasiones, en un factor de po-

der sujeto a sus propias reglas y gozando de una suerte de “extraterritorialidad” ahonda esa brecha y dificulta la construcción de una relación sana entre civiles y militares.

En ese orden de ideas, destacan positivamente los esfuerzos por adecuar reglamentos, leyes y conductas militares y los estándares básicos del derecho internacional de los derechos humanos.

7. *Lucha contra la pobreza.* Las condiciones de violencia social generada por la situación de pobreza en que vive la mitad de la población latinoamericana es un entorno inadecuado para las democracias estables. Hay, sin duda, discriminación por consideraciones de posición económica que afecta al conjunto de derechos humanos. Así, por ejemplo, los costos para acceder a ciertos derechos básicos, la administración de justicia, por ejemplo, que la mayoría de la población no puede solventar, afecta de manera directa el acceso a los derechos civiles y políticos.
8. *Lucha contra las distintas formas de discriminación.* América Latina sufre distintas formas de discriminación, muchas veces no reconocida, por consideraciones de raza, de género o económicas. La realidad pone de manifiesto todos los días que existe racismo en muchos países de la región y que este afecta, en particular, a las poblaciones indígenas. Una expresión específica de este racismo es el hecho que en contextos de pluralidad étnica esta no sea reconocida en la práctica con el efecto de ignorar este componente clave en la definición de las estructuras políticas y jurídicas.

Así, también hay discriminación por consideración de género. La mujer sigue ocupando una posición de subordinada en la sociedad y es víctima especial de violencia y maltrato. Además, la violencia doméstica es un problema endémico, asociado a patrones tradicionales de conducta que ubican a la mujer en un nivel subordinado.
9. *Lucha contra la impunidad.* La impunidad y violaciones de pasado son unas manifestaciones más serias de la crisis institucional ya que es un factor contributivo de nuevos hechos criminales, en general, y de violación de derechos humanos, en particular, y al hacer referencia a la impunidad no sólo es pensar en la de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos sino, en general, a todas las manifestaciones criminales que afectan a nuestras sociedades, en especial el crimen organizado.
10. *Participación dinámica en la protección de los derechos humanos.* El supuesto democrático de que los derechos humanos son responsabilidad del Estado Democrático de derecho y compromiso de la sociedad civil obliga a adelantar acciones tendentes a la ejecución de dinámicas participativas para una mejor protección de los Derechos Fundamentales. Es así como los Ombudsman se han agrupado en el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos a nivel subregional y la Federación Iberoamericana de Ombudsman que agrupa a todos los Ombudsman Latinoamericanos, España y Portugal, desarrollando labores sistemáticas de prevención y de sensibilización para el

impulso de valores éticos como otro de los elementos de convivencia democrática.

11. *Fortalecimiento de una cultura de paz.* Los Ombudsmen en el marco de sus mandatos establecidos en sus leyes serán los responsables de asumir una cultura de paz, democracia y respeto de los derechos de la persona humana, que consolide un auténtico Estado de Derecho, mediante programas asumidos como proyectos de alcance universal y como parte de procesos de desarrollo humano sostenido.
12. *Propiciar como derecho humano el derecho al desarrollo.* Otra tendencia reciente es la construcción conceptual del desarrollo humano, que debe vincularse con el derecho al desarrollo como un derecho humano mediante el que se amplían las opciones del ser humano con el fin de lograr una vida prolongada y saludable, la adquisición de conocimientos y acceso a recursos necesarios para lograr un nivel de vida decente.
13. *El Ombudsman Latinoamericano y la gobernabilidad democrática.* El Ombudsman Latinoamericano se constituye de esta manera, en un fuerte apoyo no sólo de la garantía de los Derechos Fundamentales, sino también, de todo el sistema democrático y es un factor clave en todo lo que se denomina modernamente, la gobernabilidad del estado.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ARGENTINA

Jorge Reinaldo A. Vanossi^(*)

PRIMERA PARTE: ANTES DE LA REFORMA DE 1994

1. SISTEMA CONSTITUCIONAL

La Constitución Nacional de la República Argentina fue sancionada en 1853, con ulteriores reformas en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. Su sistema de protección del “*status*” de la persona humana es el característico del período del constitucionalismo liberal al que pertenece: la primera parte de la Constitución contiene las “*declaraciones, derechos y garantías*”, que forman su parte dogmática o preceptiva (artículos 1º al 35º). Allí pueden encontrarse los clásicos “*derechos individuales*” propios de toda persona humana por el solo hecho de ser tal; mientras que en 1949 (reforma abrogada) y en 1957 (reforma vigente) se agregaron los “*derechos sociales*”, que son principios de las personas, pero por su pertenencia funcional a ciertos sectores sociales (derechos del trabajador, de la familia, de las clases pasivas, etc.). En cuanto a los “*derechos políticos*”, su reconocimiento nace de la norma protectora de los derechos no enumerados (art. 33) y además, de la parte orgánica de la misma Constitución, en cuanto se refiere a la elección de los poderes políticos de la Nación (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo). En conjunto, los derechos civiles, políticos y sociales que protege la Constitución Argentina son coincidentes - a pesar de su antelación cronológica - con los derechos proclamados en la Declaratoria Universal de los Derechos del Hombre que aprobaron las Naciones Unidas en 1948 y, también, con la Declaración sancionada oportunamente por la O.E.A. para su recepción por los gobiernos americanos.

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (Argentina).

La situación de los extranjeros es la siguiente: gozan de los mismos “*derechos civiles*” que los argentinos (art. 20), aunque para obtener los derechos políticos deben previamente adquirir la ciudadanía argentina (lo que pueden hacer después de residir dos años en el país o antes aún si prestan servicios extraordinarios). En el orden municipal, para la elección de representantes comunales, la mayor parte de las provincias que forman el Estado Federal admiten la participación de los extranjeros en el goce de los derechos políticos.

Cabe recordar que cada una de las provincias sanciona una constitución local, y que todas ellas son más recientes y modernas que la Constitución Nacional: ésta es la razón por la cual el marco protector de los derechos humanos aparece más completo y perfeccionado en el ordenamiento constitucional local que en el nacional. Sin embargo, la Constitución Nacional previó ese desenvolvimiento y, más aún, quiso evitar que alguna constitución provincial pudiera negar o retacear los derechos y garantías que proclama la Constitución Nacional. Fue con ese objeto que el art. 5º de la Constitución Nacional exigió a las provincias como una condición absoluta para que la Nación le garantizase su “*autonomía*”, que éstas aseguraran en su órbita local el sistema de derechos y garantías que la Constitución Nacional establece para todo el país y para todos los habitantes. Por lo tanto, puede afirmarse que el régimen adoptado por la Constitución Argentina rige “*erga omnes*” en todo el país; y que los derechos y garantías allí establecidos pueden ser invocados y esgrimidos ante cualquier amenaza, provenga de cualquier fuente: gobierno nacional, gobiernos provinciales o particulares. Dicho con otras palabras, esto quiere significar que el sistema de la Constitución Argentina resume en un solo acto y en un solo régimen las protecciones que en la constitución de EE.UU. de Norteamérica están formados por las diez primeras Enmiendas -por una parte- y por la Enmienda XIV -por otra-, más la jurisprudencia del caso “*Brown v. Board of Education*” (año 1954).

En cuanto a las garantías en sí mismas, la Constitución Nacional se refiere detalladamente a los aspectos de la “*seguridad individual*”, entre los cuales brinda la base constitucional para el “*habeas corpus*”. Con respecto al “*amparo*” para la protección de los demás derechos que integran la libertad, la Corte Suprema creó pretorianamente una acción sumaria para proteger los derechos frente a restricciones provenientes del poder público (caso Siri año 1957) que luego extendió para dar protección ante las restricciones originadas en los poderes privados (caso Kot, año 1958). En 1967, el “*amparo*” fue reglamentado por un derecho -ley del gobierno de facto-, que si bien recoge la creación de ese remedio excepcional de nuestro derecho público, lo restringe en muchos casos con respecto a las hipótesis de su viabilidad. Podríamos resumir las características del régimen de protección a la “*seguridad individual*”, diciendo que las condiciones necesarias para la dignidad de la persona que brinda la Constitución, son:

- a) *Protección relativa a la privación de la libertad corporal.*
- b) *Protección relativa a la imposición de la pena, o presupuestos jurídicos de la re- presión: juicio previo, ley anterior, juez natural y estado de inocencia.*
- c) *Protección relativa al proceso: inviolabilidad de la defensa en juicio, no declaración en contra de sí mismo y otras formas vedadas de autoincriminación, rapidez procesal.*
- d) *Protección relativa a la ejecución de las penas: régimen carcelario, libertad bajo fianza, condena condicional.*

- e) *Prohibición de la pena de muerte por causas políticas.*
- f) *Garantías jurisdiccionales de la libertad:* tutela judicial y sumaria de los derechos humanos (acción de hábeas corpus y acción de amparo, inconstitucionalidad).

Con respecto a los derechos en sí mismos, es conveniente clasificar su ámbito de reconocimiento y protección, sumando el sistema del articulado de la Constitución más la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, de donde resultan los siguientes derechos:

I) *Derechos más conexos con la esfera de la soberanía individual:*

- a) Derecho a la intimidad. Inviolabilidad de domicilio. Allanamientos limitados. Privacidad (arts.18 y 19).
- b) Derecho a la discreción: inviolabilidad de la correspondencia y de los papeles privados (art.18).
- c) Libertad de locomoción: a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino (art.14).

II) *Libertad de las manifestaciones de la persona humana:*

- a) Libertad de expresión. Libertad de prensa (arts.14 y 32). Derecho de crítica, que incluye la crítica política o pública a los funcionarios. Derecho de réplica (parte de la doctrina lo niega; no está reglamentado legalmente).
- b) Libertad de enseñar y aprender.
- c) Libertad religiosa: creencia, expresión y culto.

III) *Derechos públicos subjetivos o derechos cívicos:*

- a) Derecho de reunión (como derecho no enumerado).
- b) Derecho de asociación, que comprende el derecho de no asociación (frente a la asociación compulsiva). Asociaciones políticas y asociaciones gremiales.
- c) Derecho de petición.

IV) *Derechos de contenido económico:*

- a) Derecho de ejercer toda actividad lícita: trabajo, comercio, industria, navegación.
- b) Libertad profesional.
- c) Libertad de contratación.

V) *Derecho de propiedad:* su inviolabilidad. Protección a través de la legalidad fiscal, prohibición de confiscar, requisitos para las requisiciones y auxilios, límites a las leyes retroactivas. Privación de la propiedad: únicamente por sentencia y por expropiación. Protección a la propiedad intelectual, industrial y comercial.

VI) *Derechos sociales:*

- a) Derechos del trabajo y del trabajador: condiciones de trabajo, jornada y descanso, retribución, igualdad, participación en las ganancias, estabilidad. La “libertad contra la opresión”.

b) Derechos de la organización gremial y sindical: libertad sindical, convenios colectivos, conciliación y arbitraje, derecho de huelga, garantías para los representantes gremiales.

c) Derechos de la seguridad social: seguro social obligatorio, protección integral e irrenunciable.

d) Derechos de la familia: bien de familia, vivienda digna, compensación económica familiar.

2. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS

La Constitución Argentina admite expresamente la relatividad de los derechos que ella proclama (art.14) y este principio vale tanto para los casos de proclamación expresa como implícita de derechos y garantías. Las delimitaciones a los derechos pueden ser de diversas clases: limitaciones de orden constitucional (que a su vez pueden ser genéricas o específicas) y limitaciones de fuente legal. Con respecto a las causas de las limitaciones de la libertad, caben considerar las siguientes: el orden social (libertad coexistente de los otros, utilidad pública, etc.), el orden físico (higiene, salud, seguridad) y el orden político (integridad de la Constitución, defensa de la Patria).

En cuanto a su duración e intensidad, las limitaciones admiten su clasificación en:

a) *Limitaciones normales y permanentes:*

Se refiere a la “*reglamentación*” de los derechos (art. 14), que a su vez tiene la limitación de la inalterabilidad de la sustancia de esos derechos (art. 28). Aquí se aplica el principio de la “*razonabilidad*”, que condiciona al “*poder de policía*” de la reglamentación de los derechos. Se ha producido una evolución, que se traduce en el tránsito de un concepto estrecho a un criterio amplio del “*poder de policía*” que en la actualidad abarca la “*policía*” del bienestar y de la prosperidad, como así también la “*policía*” de la desocupación en el empleo, del abastecimiento, de la tutela del Estado democrático, etc.

b) *Limitaciones anormales y transitorias:*

Son las “*emergencias constitucionales*”, fundadas en el estado de necesidad. La práctica ofrece distintas clases de emergencias: políticas, económicas, sociales, de guerra. Se estima que la declaración de la situación de emergencia es un acto político, es decir, una facultad privativa de los llamados poderes políticos, razón por la cual el control o revisión judicial sólo puede recaer sobre la “*razonabilidad*” de las medidas de aplicación de la emergencia, pero no sobre la emergencia en sí misma.

Dentro de las limitaciones anormales y transitorias, la Constitución Nacional regula en particular el supuesto del “*Estado de sitio*” (art. 23), cuyas únicas causales de declaración son

las hipotéticas de “*conmoción interior*” y de “*ataque exterior*”. La Constitución no contempla la existencia de otras limitaciones, tales como la ley marcial, la movilización de particulares, el estado de asamblea, la suspensión del hábeas corpus, o la suspensión de la Constitución. Asimismo, la Constitución prohíbe expresamente la concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo (art. 29), como también que el presidente pueda asumir funciones judiciales (art. 109) ni aún bajo el estado de sitio (art. 23). En la vida política del país, se registran no obstante algunos casos de aplicación de la ley marcial (ley y jurisdicción militar) y de movilización de población civil, que los jueces encuadraron en los límites del estado de sitio (caso *Ruggero y Rodríguez*, Fallos 254: 116; caso *Candelario Rodríguez*, Fallos 279: 40).

En la actualidad no rige en la Argentina el estado de sitio. Cabe señalar que la facultad para declarar ese estado de excepción pertenece exclusivamente al Gobierno Federal, y que las provincias no pueden suspender la vigencia de los derechos y de las garantías constitucionales. En cuanto al margen en que deben extenderse los poderes de emergencia, está bien claro para todos los constituyentes argentinos y extranjeros que incluyeron este tipo de excepcionalidades, el hecho de que a grandes males debían corresponder grandes remedios. Es decir, que ante las circunstancias excepcionales de descontrol debían correlativamente acentuarse los poderes y, en alguna medida, también debían contemplarse los límites de ese ensanchamiento de los poderes. Aunque bien entendido como algo implícito, que cesando las causas deben cesar los efectos, es decir, que una vez superada la emergencia debía retornarse a la normalidad. El problema que se plantea cuando no se aplican tales remedios con esa tónica está en que al convertirse en normal el uso de tales poderes de emergencia, se desgastan y se desvirtúan; y, en alguna medida, su erosión los torna ineficaces, ante lo cual se vuelve necesario idear otros poderes mayores que reemplazan a los excepcionales. De allí que la eficacia de los remedios de emergencia está en la dosis de aplicación y el debido control, terreno donde nuestra Corte Suprema ha tenido tanto acierto, en gran medida inspirados en la observación de la experiencia que acabamos de mencionar. Es decir, que un descontrol en la aplicación no sólo es dañino para la libertad de las personas sino que se vuelve a la larga aletargante para el propio sistema de excepcionalidades. En realidad, las medidas de emergencia son las que ayudan a enmarcar la tónica de un sistema constitucional. En efecto, prestigiosos autores (a los cuales brindo todo mi homenaje y respeto) bregaron en su momento por la supresión de las medidas de excepción del artículo 23, lo que equivalía llanamente a la eliminación de los poderes de emergencia; y, recuérdese, que ya en el siglo pasado en alguna convención histórica provincial (Buenos Aires 1870 - 1873) un constituyente, refiriéndose al estado de sitio, lo mencionó como el último resabio de la dictadura que acaso por olvido hayan dejado los constituyentes de la Ley Suprema. Sin embargo, la experiencia política indica que no es enteramente así, ya que el estado de sitio no es malo en sí mismo, sino que la que puede ser mala es la desvirtuación en las medidas de aplicación o cuando aquel se implanta sin que existan reales y concretos motivos que lo justifiquen. La prueba está que en todo constitucionalismo contemporáneo, de cualquier procedencia ideológica y de cualquier destino geográfico, existen poderes de emergencia. Aún en la mismísima Constitución Francesa de 1958 han sido muy resistidos los poderes que De Gaulle hizo incluir para situaciones que, desgraciadamente con posterioridad se consumaron y, consecuentemente, tuvo que aplicarlo, confirmándose así la necesidad de tales previsiones de excepción. De modo pues, que este pro-

blema consiste en saber aplicar lo que puede ser hoy en día una regla de oro del constitucionalismo contemporáneo, que es la siguiente: a mayores poderes deben corresponder mejores controles. No podemos admitir que el poder público pueda sucumbir frente a los contrapoderes, es decir, a los poderes de hecho y los poderes de tensión; sino que lo que debe hacerse es perfeccionar el sistema de controles en aras siempre de lo mismo: la dignidad de la persona humana y la perfección de su libertad.

3. SÍNTESIS DE LAS GARANTÍAS

Para precisar más claramente las características del cuadro que hemos dibujado del sistema argentino, deberíamos señalar que en la doctrina y en la práctica de este país se utiliza el término “*garantías*” con diversas acepciones, que van desde la mayor amplitud hasta la más estrecha extensión; pero que ello no impide resumir las “*garantías*” constitucionales de la siguiente manera (Hauriou - Romero):

- A) *Garantías generales:*
 - a) Garantías institucionales (separación de poderes, etc.)
 - b) Garantías mutuas (mutua protección de los derechos entre sí).

- B) *Garantías especiales:*
 - a) Contra abusos provenientes del Poder Ejecutivo.
 - b) Contra abusos provenientes del Poder Legislativo.
 - c) Contra abusos provenientes del Poder Judicial.
 - d) Contra abusos provenientes de los poderes de hecho y de los particulares.

La doctrina argentina considera que entre las garantías institucionales de la libertad del hombre está incluida la “*igualdad*” en tanto y en cuanto ésta es una nota esencial de la forma republicana de gobierno. Si bien la Constitución se refiere únicamente a la igualdad jurídica (“*ante la ley*”), el reforzamiento producido por las innovaciones del constitucionalismo social (reformas constitucionales de 1949, 1957 y 1994), han avanzado hacia la igualdad de hecho y de oportunidades, con vista a la consagración de una efectiva democracia social. También ése es el sentido de la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del caso *Prattico* (Fallos 246:345, año 1959), donde reconoce entre los derechos sociales no enumerados la existencia de una verdadera “*libertad frente a la opresión*”, que apoya en análogos fundamentos a los invocados por la U.S. Supreme Court. En tales condiciones, la igualdad jurídica o formal (art.16) estaría referida a la realización constitucional del principio de la igualdad en los siguientes campos:

- a) *Igualdad ante la ley y la jurisdicción:* abolición de la nobleza, esclavitud, fueros personales y comisiones o jueces especiales (principio de juez natural), en los artículos 14, 15, 16 y 18.
- b) *Igualdad civil:* en el goce de los derechos, en la admisión de los empleados públicos y en el pago de los impuestos y de las cargas públicas.
- c) *Tratamiento constitucional de los indios.*
- d) *Tratamiento constitucional de los extranjeros* (igualdad civil).

El sistema constitucional tiene la finalidad de eliminar totalmente los “*privilegios*”, pero ello no afecta la existencia de ciertas “*prerrogativas*” que el Estado puede asumir para ciertos supuestos, a saber:

- a) Fueros reales o de causa (jurisdicción militar disciplinaria).
- b) Condiciones de capacidad y requisito de la idoneidad para los empleados públicos.
- c) Establecimiento de “*categorías*” en el goce de los derechos y en el cumplimiento de las prestaciones.

También debe tenerse presente que el cuadro de derechos y garantías que hemos señalado, no empiece a la vigencia de los “*derechos públicos*” que la propia Constitución establece o fundamenta, y cuyo respeto asegura la ley. Tales deberes públicos pueden ser clasificados de la siguiente manera:

- a) Deber de fidelidad (traición a la Nación).
- b) Deber de defensa de la Patria y de la Constitución (milicias, servicio militar obligatorio).
- c) Deber de respeto a las instituciones (rebelión, sedición).
- d) Deber de impedir las exorbitancias del poder (traición a la Patria, art. 29).
- e) Deber de prestaciones: 1) de servicios personales; 2) patrimoniales (cargas públicas).

4. PROTECCIÓN A TRAVÉS DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Todo el sistema reposa en la Constitución y en la Ley, pero su implementación puede comprender la aplicación de tratados y demás convenios internacionales, que en muchos casos requieren *a posteriori* la sanción de normas reglamentarias que les permitan ser auto - suficientes ante los jueces, para su vigencia efectiva. Pueden citarse casos referidos a las convenciones mundiales sobre eliminación de toda forma de discriminación. La Argentina ha ratificado los “*pactos especiales*” que las Naciones Unidas han sancionado con el fin de perfeccionar la Declaración Universal de 1948 (pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos y sociales) y les ha reconocido jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, reforma de 1994).

5. VALOR DEL SISTEMA

Corresponde ahora que hagamos mención respecto del significado que este sistema, explicado muy brevemente en los párrafos anteriores, tenía en la época de la sanción de la Constitución y cómo ha sido enriquecido en los años posteriores hasta la actualidad. Dada la limitación del espacio únicamente me voy a remitir a la siguiente comparación: al momento histórico en que este sistema perfectamente orgánico de protección de la persona humana fue consagrado por la Constitución Argentina, difícilmente se podría encontrar en alguna parte del mundo un sistema semejante, de igual protección; y basta con pensar lo que era el mapa político del mundo a mediados del siglo pasado, cuando nuestros constituyentes se reunieron, para advertir que únicamente en muy contados países del Oeste podía concebirse un goce tan amplio de la li-

bertad civil y política, que abarcara en lo primero no sólo a los nacionales sino también a los extranjeros residentes.

En Europa, en esa época, sólo Inglaterra ofrecía un ámbito de libertad protegida en términos tan amplios; y, en América, solamente Estados Unidos y quizás Chile eran modelos que podían ser tenidos en cuenta y que fueron precisamente los que el constituyente tomó en su elaboración. En cuanto a la evolución posterior es menester destacar la labor extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia, que con un mismo marco normativo de referencia, que es el conjunto del articulado de la parte dogmática de la Constitución, pudo a través de más de un siglo de aplicación dar en diversas oportunidades, la dimensión actualizada de la extensión y la eficacia de tales normas abrigadas en su seno. Fue quizás en la década del treinta que se operó en este siglo en la Corte Suprema el cambio más significativo, cuando los jueces del tribunal decidieron adoptar un sistema de interpretación dinámica de tales normas, emancipando así a las normas del cordón umbilical que las ligaba a la voluntad psicológica del constituyente. Eso superó pues limitaciones de la mera exégesis constitucional, en virtud de la cual los textos de la Constitución eran interpretados de una manera muy semejante a la de los códigos y otras leyes comunes; y así se pudo trascender por ese camino hacia una interpretación en la cual la norma quedaba emancipada de tal voluntad psicológica, aunque siempre ligada a una escala de valores y a un orden axiológico que seguía siendo el patrimonio común de todos los argentinos. El límite entre una interpretación dinámica y un simple cambio de la Constitución recién se configuraría el día en que los jueces, extralimitándose, hicieran una interpretación que estuviera antagónicamente polarizada en 180 grados con aquellos valores que consagraron positivamente los constituyentes y que siguen hoy rigiendo a la sociedad argentina. Es en los primeros años de la década de 1930 que se hace visible en el seno de la Corte aquella evolución en el núcleo interpretativo; y se produjo en esa época y no antes ni después, porque la necesidad lo impuso; y es probable que si la necesidad lo hubiera impuesto con anterioridad los hombres que integraron la Corte coetáneamente también hubieran procedido de la misma manera. La interpretación dinámica fue necesaria en momentos en que la crisis del 29 y del 30 que afectó al orden inter-nacional y reflejamente a nuestro país, hizo necesaria la sanción de leyes de emergencia, pero de otra clase distinta que las de tipo político, como era el estado de sitio. Hoy en día hay muchas constituciones en que están previstas también situaciones de emergencia de tipo económico, e incluso se puede hablar del “*estado de sitio económico*” (caso concreto, la Constitución de Colombia en su última reforma de 1968, a iniciativa de el ex presidente López Michelsen que fue el autor de esa innovación como constituyente). La Corte al adoptar el método dinámico considera que la escala valorativa a tener en cuenta es la vivenciada y compartida por la comunidad en el momento presente, es decir, en el momento co-existente con la aplicación y con el conflicto; y no como ocurriría en una interpretación estática en que debía diferenciarse exacta y estrictamente el orden axiológico reinante al tiempo de la sanción de la Constitución (al referirnos a las dos formas de interpretación constitucional -estática y dinámica- hacemos aplicación de la distinción utilizada por Esteban Imaz y Julio Oyhanarte, entre otros).

El caso que más palmariamente permite observar el tránsito de una interpretación a la otra es el de la ley de moratoria, que sancionada en los primeros años de la década del treinta,

era evidentemente un supuesto impredecible para los constituyentes y de difícil manera se podía comprender al tiempo de Vélez Sársfield o en la época de los estadistas ortodoxamente liberales del siglo XIX; y, sin embargo, la Corte en ese caso *Avico c/De la Pesa*, con gran percepción comprobó que tratándose de una limitación anormal o transitoria podía tener perfecta cabida en la Constitución. Porque si bien siempre la Corte por “razonabilidad” ha entendido una proporción entre el medio elegido y el fin perseguido; para poder calibrar esta proporcionalidad en concreto, la Corte acepta (e incluso los menciona) muchos datos de la realidad actual: datos sociales, políticos, económicos y culturales, que sirvan para que de su valoración se llegue al resultado, no de una mera extracción de tipo matemático, sino realmente de una ponderación concreta de las circunstancias en que la sociedad argentina convive.

6. EL CONTROL JUDICIAL NO INVADE LAS FACULTADES DEL PODER POLÍTICO

Para ver más claramente los límites del control, recordemos algunos precedentes. En el primer caso de impugnación de las leyes de emergencia en materia de locaciones (arrendamientos urbanos), recayó un pronunciamiento de la Corte Suprema en favor de la constitucionalidad del régimen de excepción (Fallos 136: 161); pero en un pronunciamiento posterior, varios años después de la crisis originaria, recaído en el caso *Mango c/Traba* (Fallos 144: 219, del 26 de agosto de 1925), la Corte señaló que al haber cesado las circunstancias que habían motivado la sanción de esas normas de emergencia, su legitimidad constitucional era cuestionable (esta línea de razonamiento fue abandonada por la mayoría de la Corte, sin más recepción que la del voto del ministro Dr. Boffi Boggero en el caso *Russo c/Delle Donee*, Fallos 243: 467, del 15 de mayo de 1959, en disidencia).

En las décadas posteriores se ha repetido este tipo de normas “anormales” especialmente a partir de 1939, pero la Corte siempre ha declarado que el establecimiento y la cesación de la emergencia son facultades privativas inherentes a los poderes políticos y por lo tanto exentas de control judicial de constitucionalidad; no así los actos de aplicación. Sin embargo, se observa en los últimos años que el tribunal también trata de cubrir en alguna medida la protección que pueda ser necesaria en caso de ostensible prolongación de situaciones de emergencia, cuando ya no se dan las circunstancias originales de esa emergencia. No me atrevo en esto a ser intérprete de lo que no está implícito, pero estimo por vía de conjetura que el camino es éste. Tómese en cuenta que en terrenos que no son tan delicados como éstos donde están en juego los poderes privativos, la Corte ya ha establecido un criterio de razonabilidad en el mundo del viejo ámbito “discrecional”: así por ejemplo, en la tradicional jurisprudencia sobre efectos meramente declaratorios de las sentencias contra el Estado, desde hace algunos años se entiende que ese efecto declarativo se extiende solamente hasta tanto transcurra el tiempo necesario y prudente como para que en la ley de presupuesto se incluya en un ejercicio posterior la partida conducente a hacer efectivo el crédito que el particular tiene contra el Estado. De modo que puede decirse que se marcha en ese camino, aunque hay que tomar esto con mucho cuidado porque eso puede también lesionar el mismo principio que se quiere preservar, que es el de la separación de los poderes. Me creo autorizado para decir esto porque desde 1963 me he colocado en

una tesis favorable al amplio control judicial de constitucionalidad, aún en materias de naturaleza política, pero que siempre se trate de actos concretos de aplicación que lesionen derechos constitucionalmente protegidos, pero de ninguna manera creo que se pueda llegar al límite de un judicialismo absolutista. Insisto en que las facultades privativas, tales como los actos de declaración en sí, no pueden ser revisables porque entonces el sistema representativo no tendría sentido. De ninguna manera tendría significado que los poderes políticos pudieran declarar la utilidad pública para establecer gravámenes por tiempo determinado, o la alteración de la forma republicana para la intervención federal en las provincias, una guerra de ataque exterior, si todo eso pudiera ser dejado sin efecto por una sentencia judicial. Hay que pensar en este terreno que el entusiasmo que sentimos a favor de la amplia facultad de revisión en momentos en que la Corte es el único poder de control, no debe ser generalizado hasta los extremos de unilateralización, por cuanto en un ordenamiento normal de los poderes hay otro poder de control que es el Congreso, que hasta puede responsabilizar al presidente; y tampoco debemos olvidar que los actos de naturaleza esencialmente política en los cuales hay que interpretar la voluntad general, deben ser los poderes políticos los que tengan la primera voz: si eso excede aún el marco constitucional, por supuesto que cabe el control.

7. LOS APORTES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Al entrar en esta segunda parte de análisis que es la protección concreta que a través de la jurisprudencia se brinda a la persona humana, quisiera en aras de la brevedad destacar únicamente la labor que en los últimos años ha llevado a que nuestra Corte Suprema de Justicia se desarrollara satisfactoriamente en circunstancias difíciles y conocidas por todos, pero que han permitido que nuestro tribunal - al que siempre se lo reconoció como el intérprete final de Constitución- se lo pueda también visualizar por la sociedad argentina como un verdadero tribunal de garantías constitucionales. Sería largo enumerar los terrenos o ámbitos en los cuales esos pronunciamientos han fortalecido el sistema de derechos y garantías, pero creo que existen algunos rubros que es inexcusable destacar. En primer lugar, el control de la razonabilidad; control que, como es sabido, es particularmente importante en los casos en que rigen limitaciones anormales y transitorias de los derechos. Así, concretamente, bajo el estado de sitio, institución que se había vuelto casi permanente en las últimas décadas de la vida política argentina, por circunstancias muy bien conocidas. Es sabido que hasta en 1958, primaba en nuestra justicia una interpretación ampliamente complaciente a la discrecionalidad presidencial y adversa a una extensión de los deberes de revisión o control. En un primer paso la Corte Suprema admitió que el control de la razonabilidad y el control de la causalidad se ejerciera sobre los actos de aplicación durante el estado de sitio, solamente en relación con aquellos derechos y garantías que no fueran la libertad física propiamente dicha, dado que en esa materia el artículo 23 de la Constitución contenía facultades expresas en favor del presidente de la República. A partir del caso *Soffa*, Fallos 243: 504, año 1959, la Corte fue elaborando una jurisprudencia de control de la razonabilidad que llegó en algunos casos (v. gr., en el caso de la película “*Ni vencedores ni vencidos*”) a incluir dentro de ese control derechos como la libertad cinematográfica. Quedaba un resquicio en pie, que era la extensión del control a las restricciones que recaían sobre la liber-

tad física, es decir, la libertad deambuladora de la persona o libertad propiamente dicha. Precisamente, en un pronunciamiento del año 1978, en el primer caso *Timerman* el 20 de julio de 1978, y luego de una elaboración previa en el caso *Zamorano*, el 9 de agosto de 1977, la Corte ha reconocido ese control explícitamente, por lo cual se cierra el círculo de esa protección total y nuestro tribunal ha tomado así la posición más completa y más protectora que en esta materia se conoce en la jurisprudencia. Es coherente con esa línea la actitud de la Corte en materia de Hábeas Corpus, procurando la efectivización de ese instrumento o garantía de la libertad personal, que primero en los casos *Pérez de Smith* (sentencia del 18 de abril de 1977 y 21 de diciembre de 1978) y después en el caso *Giorgi* (27 de febrero de 1979) ha dispuesto la Corte que se extremen todas aquellas medidas imaginables a efectos de poder hacer realizable el derecho. Más aún, en el caso *Cattani* (diciembre de 1977) la Corte señaló que los magistrados intervinientes en los hábeas corpus deben decidir con los elementos incorporados a la causa, ante la falta de informes del Poder Ejecutivo Nacional sobre el caso. No obstante ello, debemos advertir que la Corte Suprema no ha eliminado la existencia de una “*zona de reservas*” perteneciente al poder político y cuya apreciación no es susceptible de revisión judicial alguna. En el caso *Perelmuter* (9 de octubre de 1979) la Corte Suprema -compartiendo el criterio del Procurador General- ha declarado que la aserción inequívoca del Poder Ejecutivo sobre la relación entre la detención y las causas del estado de sitio obliga al órgano judicial a respetar la esfera de reserva del poder político, al no dar otras circunstancias que descalifiquen el ejercicio de la facultad propia del Poder Ejecutivo (doctrina del caso *Tizio*, del 15 de diciembre de 1977). La Corte entiende que esa esfera de reserva comprende los criterios sobre cuya base ha de establecerse cuál es la clase de personas que ponen en peligro el ejercicio de la Constitución y la determinación de los extremos fácticos que le han de permitir encuadrar a un individuo en esa clase. La Corte respeta y exige el respeto de los derechos, pero no retacea ni erosiona los poderes.

Cabe destacar que en numerosos pronunciamientos sobre estas materias, está presente la búsqueda de apoyo en los llamados “*poderes implícitos*” de la Corte, que ya habían sido invocados por ella en caso *Bianchi* (Fallos 248: 398) y en algunos otros pronunciamientos anteriores (Fallos 241: 50). Nunca fueron (valga el juego de palabras) tan explicitados estos poderes implícitos, como en el caso más reciente. Me atrevería a decir que la Corte ha hecho toda una elaboración sistemática de esa construcción, en virtud de la cual y sintiéndose ella poder independiente frente al poder político existente en estos momentos, ha creído su deber reforzar la vigilancia y el control para la mejor protección de los derechos de la persona humana. El pronunciamiento donde tal doctrina se ha invocado, en el caso *Barrueta* (19 de marzo de 1979) es una clara manifestación en el sentido de que la Corte en uso de sus poderes implícitos debe proteger el libre ejercicio y la eficiencia de la función atribuida a los jueces por la Constitución.

Existen numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema interpretando las normas sobre otorgamiento de la ciudadanía argentina en los cuales predomina una interpretación de esas normas que armoniza con el espíritu del Preámbulo y de las cláusulas pertinentes de la Constitución y, donde sin dejarse ajustar por la letra de los decretos reglamentarios, la Corte protege todos aquellos casos en que considera que debe acordarse la ciudadanía porque no existe nin-

gún peligro ni ninguna lesión a la soberanía argentina o la integridad del país (v.gr. caso *Valek*, del 8 de febrero de 1979). Otro pronunciamiento de la Corte Suprema en materia de deudas laborales es importante destacar, porque así como la Corte ha puesto gran celo y empeño en la protección de la propiedad en los casos de la indexación, tratándose de créditos o tratándose de honorarios, ya sea en juicio ordinario o en juicio ejecutivo, lo hace ahora también en materia de créditos de los trabajadores, declarando categóricamente la inconstitucionalidad del art. 276 de la ley de trabajo (caso *Valdez c/Cintiani*, 3 de mayo de 1979), lo cual significa notificarnos de que el mismo celo es puesto en la protección de los derechos sociales que en los individuales. En esta oportunidad, bien ha dicho la Corte que el mandato constitucional del art. 14 bis (derechos sociales) se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos que, en la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a tales normas, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia.

Por último, hay que destacar algunos fallos en materia de libertad de aprender y enseñar, vinculados con la libertad religiosa, en el caso de los *Testigos de Jehová*, que más allá de sus valores polémicos o de su contenido opinable ponen también de relieve el celo del tribunal en la defensa de esos derechos (caso *Barros c/Consejo Nacional de Educación*, del 6 de marzo de 1979).

En síntesis, quisiera subrayar como nota dominante del sistema general de protección de derechos de la Constitución y de los alcances que la jurisprudencia le ha dado, lo siguiente: el marco constitucional ha sido inicialmente amplio y luego enriquecido por su implementación en leyes y consiguiente interpretación. En su momento dicho marco constitucional fue el más amplio que podía imaginarse en aquellas épocas. Asimismo, las normas que de otro origen -especialmente de origen internacional- han pretendido con la mejor finalidad actualizar el catálogo de derechos y garantías, como la declaración universal de 1948, no han incorporado nada que no estuviera ya con anterioridad entre nosotros a través de los derechos explícitos o implícitamente protegidos de la Constitución, en nuestro marco constitucional. Asimismo debe señalarse la labor creadora o pretoriana de la Corte, que la convierte -como decía Wilson- en algo así como “una convención constituyente en sesión permanente”, que así ha dado el sentido actual hoy y aquí (*hic et nunc*) de estos mandatos del constituyente de otrora. Y, por último, es menester destacar que el déficit, o la erosión, o la deficiencia que este sistema pueda ofrecer, no está de ninguna manera en el marco constitucional que hemos comentado, sino en las desvirtuaciones que en los casos concretos de nuestra historia política han sufrido los derechos, ya sea por acción u omisión del gobernante, o bien sea también por exceso de los grupos de hecho.

8. LA CORTE SUPREMA COMO “TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES”

En pronunciamiento que reafirma su calidad de “poder” del Estado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 21 de diciembre de 1978 ha señalado, con la serena firmeza que su pri-

mer secretario le atribuyera al prolongar la colección oficial de “Fallos”, el carácter de intérprete y tribunal supremo de principios constitucionales. Al reiterar la doctrina enunciada con motivo de la primera presentación de *Ana María Pérez de Smith* y otros parientes de desaparecidos, la Corte adopta una actitud institucional en virtud de la cual asume en condiciones prioritarias su rol de “tribunal de garantías constitucionales”, o sea, lo que más puede identificar a ese órgano en el seno de la sociedad argentina con su evidente situación de “cabeza de uno de los poderes del Estado”. Pero todas estas consideraciones generales, que si bien revisten un notable valor teórico podrían acaso resultar poco tangibles para los destinatarios del poder, aparecen acompañados en este pronunciamiento de la Corte, de otras manifestaciones doctrinarias y, mejor aún, de algunas afirmaciones muy concretas, que deben ser comentadas y aplaudidas en relación con la generalizada aspiración de efectividad que debe rodear a las decisiones judiciales. En pocas palabras, la Corte estima necesario recordar a los demás poderes del Estado, que la reiteración de 1.542 casos de hábeas corpus en que el informe oficial concluye con la afirmación de que las personas a cuyo favor se interpusieron “no se registran como detenidos”, importa en definitiva una situación de privación de justicia, que redundaría en perjuicio de “derechos fundamentales de las personas” que merecen garantías inviolables por ser tales. A efectos de que esa privación de justicia no se consume, nuestro máximo Tribunal apela al efecto vinculante que el enunciado preambular de “afianzar la justicia” debe tener con relación a todos los poderes que conforman el gobierno de la Nación, de manera tal que como lógica implicancia del sistema constitucional de poderes, los restantes están obligados a brindar toda su asistencia a los órganos del Poder Judicial para que éstos puedan hacer efectivos los derechos y garantías instituidas por la Ley Suprema.

Es en la cuestión de la efectividad de los derechos y garantías que la Corte enfatiza la magnitud de sus atribuciones, con miras al mejor cumplimiento de los fines del Estado que la Constitución ordena. En efecto, apoyándose en la autoridad indiscutida de Von Ihering, el inolvidable autor de “La lucha por el Derecho”, los jueces recuerdan que la función del Derecho, en general, es la de realizarse: lo que no es “realizable” nunca podrá ser Derecho. La Corte reclama para los magistrados del Poder Judicial que se les proporcionen los medios necesarios para que puedan ejercer su específica función jurisdiccional “resolviendo con la esencial efectividad que exige el derecho” las situaciones particulares sometidas a causa judicial concreta. Partiendo de una situación que, de hecho, equivaldría a una efectiva privación de justicia, la Corte Suprema requiere del Poder Ejecutivo Nacional -por medio de los organismos que correspondan- la investigación sobre el paradero y la situación de las personas cuya desaparición se denuncia judicialmente y que no se encuentran registradas como detenidas: en ese terreno, el Tribunal estima que una “privación de justicia” no sólo se configura cuando las personas no encuentran un tribunal competente ante quien recurrir, o cuando la decisión judicial se demora en forma indefinida, sino también “...cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con la eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial”. Y en un mismo orden de ideas, la Corte subraya que en orden a salvaguardar la eficiencia de la administración de justicia, es menester que los jueces estén dotados de los medios conducentes al lo-

gro de resultados efectivos, plasmados en decisiones provistas de concreta utilidad para los derechos cuya protección se las demanda.

En este pronunciamiento, la Corte Suprema extrema su argumentación sobre la base de dos líneas de pensamiento, en cuyo derredor conviene reflexionar: por una parte, hace mención de la necesaria confianza que en el Poder Judicial depositan los ciudadanos e instituciones del país en aras del bien común y de la paz social (lo que nosotros llamaríamos el poder de persuasión de la Corte Suprema); y, por otra parte, remite el Tribunal a los recaudos y exigencias de un *Estado de Derecho* (en el sentido jusliberal de la expresión), señalando que su plenitud no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente “la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justicialidad plena de las transgresiones a la ley de los conflictos jurídicos”. Nos place enormemente esta categórica acentuación de la línea de la plena justiciabilidad por parte de la Corte Suprema, ya que ello importa ratificar en forma terminante una línea de pensamiento que apunta en el campo del derecho constitucional a los mismos objetivos que en otras áreas tienden a la consolidación del ideal del Estado de Derecho: reducir al mínimo el ámbito de las facultades discrecionales y ampliar al máximo el área de las potestades regladas, o sea, limitar el arbitrio y extender el control jurisdiccional, a efectos de que los derechos y garantías no queden a merced de la voluntad personal de gobernantes o de otros grupos de poder. Porque es necesario decir -aunque la Corte lo tenga por aceptado a partir del famoso caso *Kot-* que todo el aparato jurisdiccional de protección de los derechos humanos debe entrar a actuar ante cualquier violación grave y manifiesta del status de las personas, sin importar que el ataque provenga en forma precisa de los órganos del poder estatal o de otras manifestaciones, ya sean éstas de los contrapoderes o de los grupos de tensión. Para todo ello, en este caso *Pérez Smith*, la Corte Suprema ha reivindicado sus poderes implícitos, que hacen a la salvaguarda de la eficacia de la función judicial, cuya invocación sirve para demostrar que no sólo los “poderes políticos” del Estado están capacitados para hacer uso de esos poderes: también el judicial los tiene, toda vez que esa es la única vía apta para armonizar tales afirmaciones de poder con la tesis de la plena “justiciabilidad” de las transgresiones y de los conflictos. Desde el caso *Bianchi* (Fallos 248: 398) el Tribunal invoca esa construcción constitucional, que es la que más se compadece con su condición de un Poder antes que con la devaluación de su imagen como un simple tribunal ordinario.

En síntesis, este fallo de nuestro máximo órgano judicial -con prescindencia del eco que reciba en el terreno de los resortes del aparato estatal- refleja y testimonia una actitud de independencia de los jueces, que de por sí es encomiable para la salud de una sociedad que aspira a la preservación final de la eminente dignidad del hombre que la compone. Al pedir “efectividad” y “eficacia” en los procedimientos, la Corte acentúa la demanda del derecho a los hechos que ya está incorporado al patrimonio de las libertades humanas como un ingrediente que no puede ser soslayado sin grave desmedro de la seguridad individual. Por algo será que nuestro continente ha incorporado a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre una serie de protecciones que conviene recordar: el derecho a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (Art. I); el derecho de justicia (Art. XVIII); el derecho de protección contra la detención arbitraria (Art. XXV); y el derecho a un proceso regular (Art. XXVI).

La sociedad argentina ha sido sacudida en décadas anteriores por estremecimientos que han herido sus más íntimas fibras de humanidad. La alevosía de los ataques está fresca en la memoria de los argentinos. Esos mismos argentinos son los que aspiran a que el Estado de Derecho reemplace a la *ley de la selva*, como “regla del juego” definitiva y aceptada, para abrir el camino del consenso. Este fallo de la Corte Suprema está enrolado en ese mismo pensamiento y es de esperar que todos sus fallos merezcan al acatamiento por gobernantes y gobernados; ya que -tal como la propia Corte ha expresado muchas veces- sólo cabe esperar fuera del Estado de Derecho la implantación de una dictadura o el reinado de una anarquía. La apelación al consenso, que está implícita en toda la argumentación judicial, es el mejor parámetro para mirar hacia adelante y descartar únicamente a los partidarios de la violencia.

9. LAS “BRECHAS” QUE AÚN PERDURAN EN EL SISTEMA DE CONTROL ARGENTINO

En los párrafos anteriores hemos examinado a grandes rasgos los caracteres que tipifican al sistema argentino de control constitucional a los efectos de la protección de los derechos humanos en instancia judicial. Ese análisis no sería completo si omitiéramos indicar cuáles son las principales áreas que quedan “en descubierto” frente a posibles avasallamientos por parte de los poderes políticos o de cualquier otra manifestación de poder que acciones desorbitadamente y en perjuicio de los derechos de las personas.

Sin que esta enumeración alcance la totalidad de situaciones conocidas a nivel jurisprudencial, podemos mencionar entre las más frecuentes e importantes:

a) *Las cuestiones “abstractas” (moot cases)*: si bien es válida la regla pacífica según la cual los pronunciamientos judiciales deben recaer sobre casos concretos en los que medie un interés actual de la parte reclamante (y esto es particularmente aplicable en materia de control y de protección de los derechos humanos), no siendo procedentes los pronunciamientos cuando ha cesado el interés motivante o ha desaparecido el acto o la norma hirientes del derecho que se defiende; sin embargo, existen muchos casos en los que sólo es aparente e irreal el supuesto carácter “abstracto” de la cuestión a decidir. En tales situaciones parece incorrecto que el órgano judicial se abstenga de practicar el control y de pronunciarse sobre la validez de las normas o de los actos que se conviertan en el caso. El “caso” no es abstracto, sino que por el contrario, tiene contenido y sustancia concreta, que exigen una decisión en torno a la lesión que lo origina. Nos hemos ocupado de este problema, con espíritu crítico (véase: VANOSSI, “Teoría Constitucional”, Ed. De Palma, tomo II, pág. 315 y sigts.), pero con posterioridad observamos que nuevas hipótesis obligan más aún a determinar con exactitud y muy restrictivamente cuáles son los límites del “caso abstracto”, como única forma de evitar así (con una interpretación estricta) que los jueces omitan decir en torno a cuestiones que realmente tienen interés concreto y actual, pero que tan sólo en apariencia pueden ser cubiertos bajo el manto evasivo de las cuestiones “abstractas” (y, por ende, no justiciables). Nos referimos -específicamente- al caso de Hábeas Corpus deducidos para obtener la libertad plena del afectado y que el Poder Ejecutivo se

adelanta a enervar mediante el resorte de disponer una libertad vigilada, de un arresto domiciliario o de una salida del territorio nacional (v.gr., caso Torres, del 14 de abril de 1981, comentado por Germán Bidart Campos, en “El Derecho” del 27 de mayo de 1981).

b) *La estabilidad en el empleo público*: si bien la Constitución Nacional (Art.14 bis) distingue claramente las hipótesis de empleo público y de empleo privado, reservando para el primero el derecho de “estabilidad” y acordando al segundo la protección frente al despido arbitrario, ocurre que en la interpretación judicial se han reunido los dos supuestos en una misma solución. De ello resulta que en ambos casos sólo asegura la norma constitucional (según la interpretación que criticamos) una estabilidad “impropia”, de menor entidad que la llamada estabilidad “propia”. Mientras que esta última consistiría en el efectivo mantenimiento de la función, la “impropia” -que es la que se protege en los hechos- se resuelve en el derecho indemnizatorio ante los casos de privación del ejercicio del cargo. Nosotros consideramos que la interpretación vigente tira por tierra con el sentido de la protección constitucional: permite así la procedencia de las sucesivas “leyes de prescindibilidad” que facultan al Poder Ejecutivo de turno para “vaciar” la Administración de los agentes preexistentes y ...reemplazarlos por otros de mayor simpatía hacia el régimen coetáneo. En rigor de verdad, la única “prescindibilidad” que sería constitucionalmente admisible declarar, sería la procedente en casos de supresión de la función: allí sí que no, podrían mediar objeciones constitucionales, ya que no es concebible que el funcionario revista mayores prerrogativas que la propia función. Pero en la jurisprudencia de la Corte Suprema aún perdura el criterio de convalidación de esas leyes “especiales” o de emergencia para el empleo público, que la jurisprudencia invalida únicamente en los casos concretos de cesantías encubiertas de maniobras persecutorias o situaciones análogas (para una crítica de la doctrina judicial, véase VANOSI, “La protección constitucional del empleo público”, en “La Ley” del 4 de marzo de 1970).

c) *Las decisiones de los “Jurados de enjuiciamiento” de los jueces*: Al no considerarlas emanadas de un órgano jurisdiccional, la Corte extrae la consecuencia adversa a su posibilidad de revisión por vía del Recurso Extraordinario, aunque medien circunstancias de arbitrariedad que en otros casos hacen viable la instancia del art. 14 de la Ley 48. Esta doctrina encierra la grave peligrosidad de desamparar a los propios jueces ante el eventual caso histórico de una instrumentación de los “jury” a efectos de producir un desplazamiento forzado de gran número de magistrados judiciales. Si bien esta siniestra hipótesis no se ha consumado todavía, pareciera aconsejable dejar en pie una doctrina que permita y no que impida el ejercicio de un control por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante posibles casos de manifiesta violación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio en perjuicio de los jueces acusados ante esos tribunales *sui generis*. Nos permitimos insistir, en cambio, llamando la atención de los riesgos que entraña esa tesis, como así también subrayando que toda decisión final e irreductible que priva a una persona de un derecho, si además merece la impugnación de “arbitrariedad” por sus vicios constitucionales, debe abrir paso a la instancia extraordinaria federal de revisión, pues en caso contrario se produciría una irreparable privación de justicia. La Corte ha revisado su criterio, atemperándolo.

d) *La igualdad en la aplicación de la Ley*: La impugnación constitucional por violación del principio de “igualdad ante la ley” no encuentra paralelo acogimiento cuando la base de la impugnación es la desigualdad en “la aplicación” de la ley. Así, por ejemplo, la Corte Suprema considera que para que exista violación la desigualdad debe resultar del texto mismo de la ley aplicada y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir (Fallos 272, 231 y otros). Pero, ¿acaso no se piensa que en muchos casos la verdadera violación constitucional proviene de un acto de arbitrariedad en la aplicación e interpretación de la norma que rige el caso? La norma es impecable desde una óptica de ortodoxia constitucional, pero la autoridad de aplicación (ejecutiva o judicial) incurre en grave defecto y ello causa un daño irreparable al interesado. Tales hipótesis -con doctrina de la Corte en pie- quedan desprotegidas jurisdiccionalmente, pese a que los casos de lesiones provenientes de actos de “aplicación” no difieren mayormente de los casos en que se declara procedente el amparo ante lesiones emanadas de actos o hechos concretos (ya sea estatales o privados). No existe diferencia sustancial alguna entre esos casos en que la ley concede el amparo y los jueces deben resolver restableciendo el derecho afectado, con estos otros casos que nosotros mencionamos de violaciones operadas sobre la base de una aplicación o interpretación desigualitaria de las normas legales. ¿Por qué en un caso hay protección y en los otros no la hay?

e) *El voluntario sometimiento a un régimen normativo*: Es muy conocida la doctrina de la Corte Suprema que priva a una persona del derecho a impugnar determinadas cláusulas de un régimen normativo si esa misma persona se ha sometido ya con anterioridad en forma “voluntaria” al imperio de dicho régimen: por ejemplo, “incorporándose” a la entidad por él regido, sin formular en ese instante liminar “reservas” en cuanto a las normas que le merecen objeciones del punto de vista constitucional. La Corte entiende en esos casos que la actitud del impugnante es tardía, por cuanto su voluntario sometimiento previo implicó una renuncia tácita a la alegación de inconstitucionalidad reconociendo así la validez de la ley que después se pretende impugnar (Fallos 275, 235 y otros). Pero esta doctrina no repara en la existencia de casos en que por estar mediando el “orden público” hay pues derechos o garantías que son irrenunciables por parte de los mismos particulares. No caben dudas sobre la “renunciabilidad” de los contenidos puramente patrimoniales de ciertos derechos adquiridos, pero el criterio no puede ser el mismo cuando median condiciones de imperatividad e indisponibilidad que son de la esencia del “orden público”: en tales hipótesis nadie puede quedar privado anticipadamente del derecho a una eventual impugnación de normas que lo afecten a causa de una violación de orden constitucional. Porque el “orden constitucional” es el primer rango (el de mayor jerarquía) de orden público, ya que la Constitución Nacional es la norma de máxima jerarquía en cuanto al carácter de “orden público” que tiene la imperatividad de sus disposiciones. Por lo tanto, cuando median protecciones de rango constitucional, no es concebible un renunciamiento anticipado a la impugnación de normas por posibles violaciones de esa misma supremacía constitucional.

f) *La “operatividad” de las cláusulas constitucionales*: Depende en un crecido número de casos que las cláusulas que otorgan derechos a las personas resulten de aplicación “operativa” si los jueces -y la Corte Suprema en última instancia- ponen el esfuerzo interpretativo e integrativo necesario y conducente para producir tan auspiciosos efectos. El recaudo de la “implemen-

tación” o “complementación” de ciertas normas, como necesario para poder hacer exigible el goce de un derecho o de otra protección constitucional, puede ser obviado merced a una adecuada hermenéutica por parte de los jueces. Así como la Corte Suprema ha puesto particular empeño para asegurar la aplicabilidad inmediata de cláusulas de tratados y otros actos internacionales (v.gr. algunas convenciones de la O.I.T.), sería deseable que hiciera lo propio con la posibilidad de alcanzar una inmediata e incondicionada aplicación de normas con rango constitucional de las cuales se pueden derivar para las personas ciertos beneficios en el status de sus derechos y garantías. Y no nos referimos únicamente a los derechos sociales (Art. 14 bis) de la Constitución Nacional que por obvias razones son los más demorados o diferidos en su exigibilidad de un reconocimiento, sino que también incluimos la posibilidad de un reconocimiento judicial -a nivel federal- de la existencia de la “acción de inconstitucionalidad” como tema de protección constitucional de los derechos humanos.

g) *La compatibilidad constitucional de las normas reglamentarias:* Es menester precisar cuál es el sentido y el alcance de la exigencia constitucional de que los decretos y reglamentos no violen “el espíritu de las leyes” (Art. 99, inc. 2º), ya que entendemos que esa obligación de armonización constitucional debe alcanzar también a los derechos reglamentarios de las leyes “de derecho común”, y no sólo a las llamadas leyes “federales”. La Constitución no hace distinción alguna; por lo tanto, todos los derechos y normas reglamentarias de una ley deben guardar esa exigencia de compatibilidad, sin distinguir entre leyes comunes y leyes federales. Así lo sostuvimos en nuestro trabajo “Aspectos del Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad” (Ed. Abeledo - Perrot, 1966) y lo ratificamos frente a las vacilaciones de la jurisprudencia. Si uno de los objetivos del Estado de Derecho es el afianzamiento de la seguridad jurídica, debemos pues procurar que no escapen al principio de la supremacía constitucional ni las leyes con respecto a la Constitución, ni los decretos con relación a las leyes, ni ninguna otra norma con respecto a las superiores en la jerarquía de la pirámide jurídica (que siempre culmina con la Constitución Nacional). Si esto es así, entonces debe proceder la revisión judicial a través del Recurso Extraordinario en todos los casos en que se controvierta seriamente la compatibilidad entre una ley y su respectivo decreto reglamentario, aún tratándose de materia propia del llamado “derecho común” (por oposición a la diferencia del “derecho federal”) ya que en esos casos también está en juego una cuestión constitucional o cuestión federal regida -concretamente- por el Art. 99, inc. 2º de la Ley Suprema.

10. CONCLUSIONES

Nos permitimos sintetizar el espíritu de estas reflexiones, de la siguiente manera:

I) La “Declaración” de Derechos que contiene nuestra Constitución Nacional es satisfactoria y completa, a los fines de una amplia protección de la persona, si sumamos a sus enunciados expresos los derechos y garantías que implícitamente protege, como así también la densa construcción jurisprudencial que completa y perfecciona a ese sistema de la Libertad Humana.

II) El sistema judicial difuso de control de constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales que pone en cada juez la potestad de revisión a los fines de custodiar así -por vía de la legalidad- constitucional el status de los derechos de la persona, es el régimen adecuado para asegurar un perfeccionamiento constante y dinámico del conjunto de los derechos y las garantías; al propio tiempo que ese sistema judicial es sumamente “democrático” en el sentido de que reconoce a cada persona la posibilidad concreta y actual de impugnar los vicios de inconstitucionalidad de las normas que la afecten particularmente en sus derechos.

III) Es menester cerrar las “brechas” que devalúan la eficacia del régimen de control; y, sin incurrir en demasías judicialistas extremas corresponde extender la esfera del control a todos los casos concretos de lesión de derechos constitucionales protegidos. Sólo así se generará una amplia fe en la misión tutelar del Poder Judicial, cuyo poder de persuasión quedará unido a un paralelo poder de “disuasión” consistente en alejar las tentaciones de violación de derechos por parte de quienes visualicen así -y de cerca- la probabilidad inmediata de una sanción (la declaración del inconstitucionalidad del acto cuestionado, por ejemplo).

IV) Deben imperar en todo el territorio del país los tribunales ordinarios (federales o locales), eliminándose los fueros de excepción que causan un detrimento jurisdiccional que, a la postre, cercenan la mayor libertad y garantía de las personas (su seguridad). El caso más patente es el de la llamada “ley marcial”, cuya convalidación jurisprudencial es totalmente injustificable.

V) El control debe ser potenciado en correlación con el crecimiento del poder; y, por ende, debe ser vigorizado en los momentos en que están ausentes de funcionamiento otros órganos independientes de control y, más aún, cuando se encuentran suspendidas ciertas garantías constitucionales que normalmente amparan a las personas en su Libertad.

VI) Los pronunciamientos judiciales en amparo de derechos humanos que la Constitución garantiza, desde el punto de vista de la “realización” del Derecho (que la Corte Suprema preconiza como dato inexcusable de su función social), deben ser igualmente categóricos e incondicionados tanto en los casos de manifestaciones genéricas y masivas de violaciones denunciadas (v.gr. caso Pérez de Smith y otros) cuanto en las hipótesis concretas, personales e individualizadas, aún a riesgo de un potencial conflicto de autoridades.

SEGUNDA PARTE: LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES A PARTIR DE LA REFORMA DE 1994

1. COMPARACIÓN ENTRE EL TEXTO HISTÓRICO Y EL REFORMADO

Para referirnos a la incidencia que la reforma constitucional del año 1994 tiene sobre el texto de 1853/1860 en materia de tratados y demás convenciones internacionales, hay que ha-

cer previamente una brevísima mención de los puntos que tocaba aquella Constitución para ver cuáles realmente han sido alterados. La Constitución histórica se refería a los tratados en varias oportunidades. No enumeraré todas, pero las que interesan para este trabajo son las siguientes:

- En el artículo 31, al incluir los tratados dentro del derecho federal; se trata de una norma que se refiere a la supremacía de éste con respecto al derecho local.

- En el artículo 27, al establecer la relación entre la primacía de la Constitución Nacional y los tratados, prescribiendo que éstos deben guardar conformidad con el derecho público de la norma fundamental.

- En materia de provincias, estaban previstos los tratados interprovinciales, pero no se las habilita para la celebración de tratados externos.

Por supuesto, la Constitución mencionaba los concordatos, en plural. Mencionaba también, en el artículo 27, un aspecto programático del manejo de las relaciones exteriores clásico del siglo pasado, época en la que no era posible contemplar algunos de los problemas específicos del siglo actual. Es decir, hay una serie de problemas que no estaban ni podían estar presentes a mediados del siglo pasado.

El artículo 31, en mi opinión, no ha sufrido ninguna modificación. Contrariamente a lo que se suele decir en una interpretación simplificada de las cosas, no se refiere al rango de los tratados respecto a las demás normas de derecho federal, sino a la ubicación de los tratados dentro del derecho federal como norma que tiene primacía sobre las constituciones y demás normas del derecho local. Y eso no se ha modificado.

El artículo 27, en cambio, sí puede ser reinterpretado. Si bien el texto, desde el punto de vista formal, no quedó incluido dentro de las modificaciones habilitadas por la ley que declaró la necesidad de la reforma - por estar en la parte dogmática de la Constitución, expresamente excluida por esa ley-, los incisos 22 y 24 del nuevo artículo 75 tienen, por supuesto, una incidencia directa e inmediata en su contenido.

Finalmente, con respecto a la situación de las provincias, el artículo 124 introduce también una modificación importante desde el momento que ellas pueden celebrar cierto tipo de tratados externos.

Este es, a grandes rasgos, el conjunto de cambios que aparecen entre el texto histórico de 1853/1860, y el texto de 1994. Pero lo más importante del nuevo texto legal está en los incisos 22 y 24 del nuevo artículo 75, referido a las facultades del Congreso, que son las normas a través de las cuales ha penetrado este conjunto de cambios.

Nótese que entre los incisos 22 y 24 del artículo 75 de la Constitución, está el inciso 23, que se refiere a la igualdad real de oportunidades, a la protección del niño, y también a las nor-

mas vinculadas con mujeres, ancianos y discapacitados. Y realmente no entiendo por qué la técnica de los constituyentes no tuvo el buen cuidado de colocar los contenidos vinculados con los tratados del inciso 22 y 24 en forma conjunta o en dos incisos seguidos, en vez de introducir en el medio otro inciso que no tiene en realidad relación directa e inmediata con este tema.

2. DIFERENTES TRATADOS CONTEMPLADOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Del análisis de estos dos incisos mencionados, resulta que pueden celebrarse cinco tipos de tratados.

- Un primer grupo sería el de los tratados clásicos, que pueden ser bilaterales o multilaterales; se trata de tratados ya previstos en el viejo texto constitucional y que, por supuesto, seguirán celebrándose sobre distintas materias.

- Un segundo grupo es el de los tratados y demás normas vinculadas con derechos humanos que aparecen “con nombre y apellido” en el inciso 22 del artículo 75, y que, según el constituyente, formarían o constituirían en su conjunto un sistema.

No puedo decir exactamente si son ocho, nueve o diez, porque depende del criterio con el que se haga el cómputo. Por ejemplo, si se cuenta algún protocolo mencionado en esos tratados, el número aumentaría. Por otro lado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es ni un tratado, ni una convención, ni un pacto; es simplemente una Declaración aprobada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que tiene un rango jurídico que la doctrina ha analizado profundamente, pero que desde el punto de vista de su naturaleza o la forma de su celebración, no puede ser confundida con tratados, pactos o convenciones.

Este conjunto de tratados, que yo llamo tratados “con nombre y apellido”, está mencionado expresamente en la Constitución, la que prescribe “...*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...*”.

- Un tercer grupo son los otros tratados de derechos humanos, que la Constitución llama “los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos”, señalando también el valor que han de tener y la forma en que habrán de ser aprobados, y la mayoría que se necesita para que adquieran jerarquía constitucional.

- Un cuarto grupo de tratados son los tratados de integración con los países latinoamericanos, que tienen una forma de sanción y una determinada consecuencia.

- El quinto y último grupo, serían los tratados de integración con Estados no latinoamericanos; parece ser una cláusula destinada a dar eventualmente cabida al NAFTA, a la Comunidad Europea o a otras posibles hipótesis que se pudieran aventurar en el futuro.

El tema clave, entonces, es la asignación de jerarquía a los distintos tratados en la pirámide jurídica.

A. *SIMPLES TRATADOS*

Para los tratados comunes, la Constitución ha contemplado un rango tal que cubre la laguna que existía en la Constitución de 1853. La Constitución histórica contemplaba la relación de los tratados con la Constitución; pero no contemplaba la relación entre los tratados y las leyes ordinarias.

La Corte Suprema de Justicia, durante más de un siglo, lo interpretó en el sentido de la paridad de rango y, por lo tanto, como tratado y ley estaban en una misma jerarquía, la norma posterior podía modificar a la anterior. Esto no era grave si era el tratado el que modificaba a la ley anterior. Pero sí traía consecuencias si la ley posterior era la que modificaba a un tratado anterior. De esta manera se producía una situación dual: para el juez interno había que aplicar el principio *lex posterior derogat a priori*; sin embargo, desde el punto de vista externo, subsistía o aparecía la responsabilidad del Estado Argentino, por incumplimiento de un tratado no denunciado, y que supuestamente seguía vigente desde el plano internacional.

La jurisprudencia más reciente de la Corte dejó de lado esta postura dualista, y adoptó la tesis dominante en el derecho constitucional moderno; esto es, asignar a los tratados una prevalencia sobre las leyes internas ordinarias de un país. En este sentido se expresa la Corte en los fallos “*Fibraca*” y “*Ekmekdjian c/Sofovich*”. Aún antes encontramos antecedentes en algunas viejas disidencias del máximo tribunal argentino (del Dr. Tomás CASARES, antes de 1955, o de BOFFI BOGERO en su momento). La reforma de 1994 recoge esta jurisprudencia en el artículo 75, inciso 22.

B. *TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS ESPECÍFICAMENTE ENUNCIADOS EN LA CONSTITUCIÓN*

Con respecto a los tratados enunciados “con nombre y apellido”, aparece una gran innovación: se les reconoce jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. Esto quiere decir, lisa y llanamente, que tienen el mismo rango que las demás cláusulas de la Constitución.

Sin embargo lo que no queda totalmente claro es qué significa “en las condiciones de su vigencia” y, en consecuencia, cuál es el alcance que puede darle la justicia al interpretarlos. Para una primera interpretación posible, parecería querer decir que se trata de la forma en que estos tratados rigen, es decir que si al ratificar alguno de esos tratados o convenciones la Argentina formuló reservas (el Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo, tiene dos reservas y una mal llamada “cláusula de entendimiento”) éstas quedarían en pie. Para otra posible interpretación, las reservas han “caído” en el momento de la inserción constitucional de estos tratados.

Este grupo de tratados tiene dificultada su denuncia para el caso de que el país quisiera apartarse de su régimen. En este sentido, la Constitución prescribe que sólo podrán ser denun-

ciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Se introduce, entonces, una modificación muy importante. Expresamente se estipula el mecanismo de la denuncia de los tratados.

Hasta entonces, el Ejecutivo acudía al Congreso sólo al momento de la aprobación. La reforma de 1994, en este aspecto, logra dos cuestiones importantes. En primer lugar, institucionaliza el papel del Congreso con una suerte de paralelismo de las competencias; es decir, si el Congreso debe intervenir en la aprobación, también debe hacerlo en la denuncia. En segundo lugar, exige una mayoría agravada para el conjunto de estos tratados y convenios.

No queda claro por qué son esos, y sólo esos, los tratados enumerados por el inciso 22. Intentaré mencionar aquellos instrumentos cuya importancia me parece similar a los sí mencionados en dicho inciso.

Así, en materia de discriminación, por ejemplo, la Constitución menciona expresamente a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; y no incorpora otras cuatro convenciones de similar valor.

En materia de derechos de la mujer, se incorpora sólo una de las tantas convenciones de importancia equivalente.

En cuanto a combatientes, prisioneros y civiles - lo que hoy en día se considera que forma parte del Derecho Humanitario-, solamente se menciona una de las siete convenciones trascendentes.

En lo referido a la esclavitud y tráfico de personas, no se incorporan tres convenciones muy importantes.

En materia de extranjeros y refugiados, hay tres convenciones y protocolos de enorme importancia que no se mencionan.

Por supuesto, en materia laboral, existen diversos instrumentos de la OIT que no aparecen mencionados.

Y, por último, en cuanto a las normas internacionales de derechos humanos de alcance regional, sólo se ha incorporado la más famosa, el Pacto de San José de Costa Rica; pero no son menos importantes al menos otras cinco, vinculadas con la tortura, la condición de los extranjeros, la nacionalidad de la mujer, la condición de derechos políticos a la mujer, y la concesión de derechos civiles a la mujer. Cabe aclarar que siempre me estoy refiriendo a convenciones a las que la Argentina ha adherido y ratificado y que han mantenido la jerarquía legal, no adquiriendo el rango constitucional.

Sin perjuicio de esto, habría que agregar también algunos documentos internacionales muy importantes, respecto de los cuales la Argentina aún no ha completado el proceso de su ra-

tificación, no habiendo explicación del silencio de la Cancillería en esta materia. Me refiero fundamentalmente a cuatro convenciones internacionales cuya importancia es más que suficiente como para que accedan a un rango privilegiado.

Lo único que se ha dicho es que los instrumentos sí incorporados en el artículo 75, inciso 22, conforman un sistema. Y no encuentro a mano una explicación de por qué esas normas internacionales sí forman un sistema, y a todas las demás que tienen importancia equivalente o similar se las considera ajenas al mismo. Tal vez formarán parte de otro que el constituyente ha optado por excluir. En definitiva, este tema será materia del largo debate que se avecina.

C. *OTROS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS*

Con respecto a los demás tratados y convenciones de derechos humanos, la Constitución establece que luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional. Es decir que está abierta la posibilidad de que también adquiera jerarquía constitucional en número indeterminado de tratados, pactos y convenios sobre derechos humanos, siempre y cuando se cumpla ese recaudo. Entonces, mi crítica anterior está referida a la “actitud inicial” de la tarea constituyente; aunque reconozco que se ha dejado abierta la puerta para que en el futuro se siga un camino equivalente.

D. *TRATADOS DE INTEGRACIÓN*

En cuanto a los tratados de integración, se entiende que el constituyente ha adoptado la decisión política fundamental de apoyar los procesos de integración; caso contrario no hubiera incluido el artículo 24, con los pormenores que lo ha hecho. En general, las constituciones latinoamericanas reformadas en los últimos 25 años han hecho una separación. Por un lado, han establecido un artículo o cláusula donde queda claramente expuesta la decisión política fundamental a favor del proceso de integración y de la inserción de la respectiva nación en ese proceso; y, por otro, un mecanismo de habilitación de competencias para la delegación en organismos supranacionales.

En nuestro caso concreto el constituyente se refiere, en el mismo inciso, por un lado, a las condiciones en que se va a aceptar la delegación de competencias y jurisdicción (“en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos”) estableciendo a continuación, con carácter genérico, que las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

De esta manera, se resuelve el problema que fatalmente se va a producir el día en que los organismos supranacionales o comunitarios -voy a utilizar las dos expresiones indistintamente, aunque sé que hay toda una disputa por la preferencia de una u otra- comiencen a emitir normas que deban ser aplicadas directamente en nuestro país porque no esté previsto un derecho de veto al respecto y porque tengan además carácter *self executing*; es decir, que sean autoaplicativas y no dependan de normas a dictar por otros organismos del Estado.

En este caso, un particular afectado podría cuestionar estas normas reclamando la supremacía del derecho interno respecto de este derecho secundario o derivado de carácter supranacional (porque no se trata del tratado marco sino de creaciones en consecuencia de él). Entonces, la solución a la cual llega el constituyente, es la lógica en un sistema comunitario. Porque si no se diera jerarquía superior a las leyes que esas normas, el proceso de integración -cualquiera que sea éste- carecería de seguridad jurídica y sobre todo de firmeza: podría estar permanentemente pendiente de normas internas que entraran en colisión con las supranacionales, o de impugnaciones que pretendieran que, por esa vía jurisdiccional, se le asignara primacía al derecho local.

Quiero señalar que un tipo de integración como la contemplada en el nuevo artículo de la Constitución, requiere un organismo jurisdiccional supranacional; y yo entiendo que esto está contemplado en el inciso 24 del artículo 75 porque, al delegar la competencia y jurisdicción a organizaciones superestatales, obviamente también está aceptando una jurisdicción judicial, no la excluye. De modo que es dable pensar que a la brevedad, si el Mercosur avanza u otras formas de integración progresan, se contemple el funcionamiento de una Corte Supranacional, cuyas decisiones van a ser válidas *erga omnes*, y directamente operativas para todos los países incorporados a esa zona comunitaria.

El segundo párrafo del inciso 24 del artículo 75 de la Constitución establece una distinción, en materia de aprobación, de los tratados de integración, diferenciando los celebrados entre países de América Latina y los celebrados con otros Estados. Así, la norma dice: *“la aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”*; y luego agrega: *“en el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, por la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia del la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”*.

Entonces, para los tratados de integración con Estados no latinoamericanos, se establece un mecanismo dividido en dos pasos, temporalmente separados por un plazo determinado, y dos votaciones distintas. Es decir, que se ha prescripto un recaudo agravado, más complicado para los casos de integración con otros países.

En cuanto a la denuncia de los tratados de integración en general, se prevé un mecanismo especial. La norma prescribe: *“La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”*. Por lo tanto, será más difícil denunciar un tratado sobre derechos humanos que un tratado de integración.

3. TRATADOS CELEBRADOS POR PROVINCIAS

El artículo 24, en su segunda parte, después de contemplar la posibilidad de que las provincias formen regiones entre sí, las faculta también para celebrar convenios internacionales en

tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la Nación, con el requisito del conocimiento del Congreso -nótese que no se exige su aprobación-.

Esta norma se aparta algo de la estructura del estado federal y nos aproxima a la idea de confederaciones. Vale aclarar que en 1853 se interpretó que la delegación del manejo de las relaciones exteriores en el gobierno federal debía ser total, y por ello la facultad de celebrar tratados debía ser exclusiva y excluyente del poder federal. Sin embargo, el artículo citado no se refiere a tratados, sino a convenios internacionales; y en rigor de verdad, hay que reconocer que ya se celebraban aún antes de 1994, por ejemplo convenios financieros entre alguna provincia y un Estado extranjero o un organismo regional.

Cualquiera fuese la lectura que se haga del artículo 124, el hecho es que en la práctica no excluye de responsabilidad internacional al Estado Federal. Porque, como resulta de la Convención de Viena en materia de tratados -que se suele llamar “el tratado de los tratados”- los Estados no pueden ampararse o precaverse para el cumplimiento de compromisos internacionales en el incumplimiento formal de normas del derecho público interno.

Entonces yo creo que el artículo 124 - si se me permite una opinión- era innecesario, porque en vez de poner coto a una práctica que ya había merecido críticas por las dificultades que traía, ha abierto un espectro de posibilidades donde no hay una contención debida. Ya que los únicos límites que pone es “*en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación ni afecte las facultades delegadas del gobierno federal, ni el crédito público de la Nación*”; y es muy probable que la Nación dirá que son incompatibles, afectan esas facultades o al crédito nacional, y la provincia lo negará.

En definitiva, lo que sí es conjeturable a corto plazo, es que casi todas las provincias abrirán sus representaciones diplomáticas, no precisamente en ciudades secundarias, sino en las capitales financieras del mundo con la finalidad -aparente o real- de atender a las posibilidades que le depara el nuevo artículo 124 de la Constitución.

4. ACUERDOS EJECUTIVOS

El constituyente ha guardado silencio respecto -nada más y nada menos- a las normas internacionales que más abundan hoy en el derecho moderno, y que no son ni tratados, ni convenios, ni pactos. Son aquellas normas que, al margen de la intervención parlamentaria, se utilizan para celebrar compromisos que suelen ser formalizados entre los poderes ejecutivos de los Estados que se comprometen entre sí. Se llaman “acuerdos en forma simplificada”, en tanto que los anglosajones van directamente al grano, y los llaman *executive agreements* (acuerdos ejecutivos), porque se celebran de ejecutivo a ejecutivo.

La práctica demuestra que este tipo de actos internacionales se ha simplificado más, y ya este tipo de acuerdos son tan simplificados que los celebran de Cancillería a Cancillería, a tra-

vés de una modalidad llamada “notas reversales”. Esta deformación patológica en el manejo de las relaciones exteriores no es un invento criollo, ni es muy reciente. Viene de larga data, por lo menos de los últimos sesenta años; e incluso grandes acontecimientos internacionales han tenido lugar a través de esta forma, y no de los tratados clásicos que requieren la aprobación parlamentaria.

Por ejemplo, cuando Hitler y Mussolini claudicaron frente a Francia e Inglaterra en Munich, permitiendo la mutilación y el consiguiente reparto de Checoslovaquia, lo hicieron sin que interviniera el parlamento francés, o el inglés, ni siquiera el de Checoslovaquia, país que resultaba mutilado; sino simplemente mediante acuerdos ejecutivos. Muchos de los compromisos resultantes de la Segunda Guerra Mundial, también fueron acuerdos en forma simplificada. Las guerras de Corea y de Vietnam empezaron y terminaron con este tipo de normas.

Lo que intento señalar es la omisión del constituyente de regular internamente -de acuerdo con el derecho público interno- el trámite de intervención de los poderes. Creo que se perdió la gran oportunidad de dar participación al Congreso, aunque sea a través del silencio; es decir, estableciendo una obligación de remitirlos al Congreso y que dentro de un determinado plazo éste aprobara o desaprobara. Esto es lo que se conoce en derecho internacional como el “escamoteo de la política parlamentaria”.

Bajo la actual administración, la Argentina, recientemente, ha asumido compromisos muy importantes con simples notas reversales; por ejemplo en materia impositiva se gravan o desgravan situaciones de hecho sin darle intervención al Congreso de la Nación. Estas situaciones acarrearán tarde o temprano impugnaciones judiciales, sin que exista en la Constitución una norma clara que resuelva el problema.

APÉNDICE

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

CAPÍTULO SEGUNDO

Nuevos derechos y garantías

Artículo 36. Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasables de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios de indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescindibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

Artículo 37. Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio.

La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Artículo 38. Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas.

El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes.

Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

Artículo 39. Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa, para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

Artículo 40. El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el Presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Artículo 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras y tienen el deber de preservarlo. El daño

ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos: a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registrados conforma a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio.

EL PROYECTO DE CÓDIGO DE CRÍMENES CONTRA LA PAZ Y LA SEGURIDAD DE LA HUMANIDAD DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL

Edmundo Vargas Carreño^(*)

La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI), en su 48o. período de sesiones, celebrado en 1996, -el último bajo la integración de los miembros electos para el quinquenio 1992-1996-, adoptó el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

El citado Código representa la cristalización de esfuerzos emprendidos durante varios años por la CDI en esta importante y compleja materia.

La Comisión de Derecho Internacional en su primer período de sesiones, celebrado en 1949, de acuerdo a una petición formulada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, decidió abocarse a la elaboración de un cuerpo jurídico penal tipificando los grandes crímenes contra la paz y la humanidad, decisión que estuvo motivada fundamentalmente por el tratado que estableció el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, y las posteriores sentencias de este en las que se formularon importantes principios de derecho penal internacional.

En 1954 la CDI elaboró una primera propuesta; sin embargo, la Asamblea General de Naciones Unidas, en aquel entonces imbuida por el enfrentamiento causado por la guerra fría, postergó la consideración de este asunto, principalmente en razón de los problemas que originaba tanto la consideración del crimen de agresión como la propia definición de la “agresión”, optando por confiar esa materia a un Comité Especial que sólo vino a cumplir su cometido en 1974.

(*) Ex miembro de la Comisión de Derecho Internacional. Actual Embajador de Chile en Costa Rica.

En 1981 la Asamblea General volvió a solicitarle a la CDI que reanudara su trabajo, el cual fue acelerado en estos últimos años, especialmente debido a los graves crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad acaecidos en diversas regiones del mundo, pero particularmente en la ex Yugoslavia y en Rwanda, para los cuales el Consejo de Seguridad estableció sendos tribunales penales internacionales.

El Proyecto de Código, que consta de veinte artículos, establece las responsabilidades penales individuales -no de los Estados- y los consiguientes castigos por la comisión de atroces crímenes de derecho internacional punibles en cuanto tales, independientemente de que estén o no sancionados en el correspondiente derecho nacional.

La codificación incluye, por lo tanto, los crímenes más graves -los crímenes de crímenes- en los que la ofensa, además de las víctimas, se considera que ha sido hecha a la humanidad en su conjunto, toda vez que la gravedad de la conducta hiera sentimientos universales o podría establecer un precedente en cuanto a la impunidad de esa conducta, que podrían llegar a constituir una amenaza a la paz y a la seguridad de la humanidad.

El Código incluye cinco categorías de crímenes: el crimen de agresión; el crimen de genocidio; los crímenes contra la humanidad; los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas; y los crímenes de guerra. La gran mayoría de esos crímenes se encontraban previamente tipificados en instrumentos internacionales preexistentes.

Al reducir la lista de crímenes del anterior anteproyecto -que incluía los crímenes de amenaza a la paz; de intervención; de dominación colonial y de otras formas de dominación extranjera; de reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios; de tráfico ilícito de estupefacientes; de terrorismo internacional; y de daños intencionales y graves al medio ambiente- la Comisión de Derecho Internacional optó por facilitar la adopción de una futura Convención, limitando la lista sólo respecto de aquellos crímenes en los que existe un amplio consenso entre los Estados. Sin embargo, la no inclusión de estos crímenes u otros no afecta su actual estatuto jurídico o su futuro desarrollo por otros medios del derecho internacional.

En lo que concierne al crimen de agresión, el proyecto de código traza una importante distinción entre la “agresión” y el crimen de agresión. La primera sólo puede ser cometida por Estados, de conformidad con las normas del derecho internacional, especialmente aquellas contenidas en el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, en cuanto confieren al Consejo de Seguridad la facultad para determinar si ha habido un acto de agresión. En cambio, de acuerdo al artículo 16 del proyecto de código, el crimen de agresión es el que comete un individuo, en cuanto a que como dirigente u organizador participe activamente en la planificación, preparación, desencadenamiento y libramiento de una guerra de agresión cometida por un Estado, u ordene estas acciones.

El crimen de genocidio se establece para quien, con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, haya participado en la matanza de

miembros de ese grupo; en la lesión grave de la integridad corporal o salud física o mental de los miembros del grupo; en el sometimiento de esos grupos a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física; en las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del referido grupo; o en el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro.

Una tercera categoría de crímenes está constituida por aquellos que son cometidos “contra la humanidad”. En el artículo 18 del proyecto de código se incluyen como tales los siguientes: el asesinato; el exterminio; la tortura; la sujeción a esclavitud; la persecución por motivos políticos, raciales o étnicos; la discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos (figura que viene a reemplazar como crimen al *apartheid*); la deportación o traslado forzoso de poblaciones, con carácter arbitrario; los actos inhumanos que menoscaben gravemente la integridad física o mental, la salud o la dignidad humana, como la mutilación y las lesiones graves; la desaparición forzada de personas; y la violación o prostitución forzada u otras formas de abuso sexual. A último momento, sin que previamente se discutiera en el Comité de Redacción, fue agregado como “crimen contra la humanidad” la detención arbitraria.

La gran mayoría de estos crímenes se encontraban ya establecidos en anteriores convenciones adoptadas dentro el marco de las Naciones Unidas y de manera muy especial dentro del Estatuto del Tribunal de Nuremberg. Sin embargo, dos crímenes -la desaparición forzada de personas y los crímenes sexuales- fueron incorporados sobre la base de precedentes relativamente recientes.

La incorporación de la desaparición forzada de personas como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad -que obedeció a una iniciativa del autor de este artículo como miembro de la Comisión- se fundamenta en la gravedad y crueldad de esta práctica que a nivel del sistema interamericano ya había sido condenada por la Convención Interamericana Sobre la Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belem do Pará en 1994. Por su parte, los graves crímenes sexuales, como la violación o la prostitución forzada, están basados en los estatutos de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda, toda vez que con anterioridad no había existido la preocupación de la comunidad internacional para castigar dentro del marco del derecho internacional tan aberrantes conductas.

Para que estas graves acciones sean consideradas un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad es necesario, sin embargo, que la comisión del crimen sea “sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política”.

Una cuarta categoría de crímenes se refiere a aquellos que se cometan intencionalmente y de manera sistemática contra el personal de las Naciones Unidas y el personal que participe en una operación de esa organización, cuando se trate de homicidio, secuestro, u otro ataque contra dicho personal; o el ataque sea efectuado contra los locales oficiales, la residencia privada o los medios de transporte de ese personal que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad. La incorporación al proyecto de código de este crimen obedeció a una iniciativa de último momento del miembro de los Estados Unidos, Sr. Rosenstock. Lamentablemente no se

llegó también a incluir, al personal del Comité Internacional de la Cruz Roja, como fue propuesto por el autor de este artículo con el apoyo, aunque insuficiente, de otros miembros de la Comisión. Si bien se explica la consideración como crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad los ataques contra el personal de las Naciones Unidas, mucho más se habría justificado la inclusión de los ataques contra el personal del Comité Internacional de la Cruz Roja, el que cumple su notable y noble misión de paz y humanidad en condiciones mucho más difíciles.

Una última categoría está constituida por los crímenes de guerra. Del proyecto en comentario surge claramente que no todos los crímenes de guerra constituyen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad sino solamente aquellos que se cometen “de manera sistemática o en gran escala” y siempre y cuando consistan en graves actos cometidos en violación del derecho internacional humanitario, tal como este ha sido recogido por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y sus dos protocolos complementarios de 1977. Tal es el caso *inter alia* del asesinato a prisioneros; o la tortura y los tratos inhumanos a estos; la destrucción y confiscación a gran escala de bienes que no estén justificados por necesidades militares; la imposición a un prisionero de guerra de prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga; la toma de rehenes; los ataques a las poblaciones o personas civiles; los ataques a obras o instalaciones a sabiendas que esos ataques causarían muertos o heridos en la población civil o daños a bienes de carácter civil; el empleo de armas tóxicas u otras armas destinadas a causar daños inútiles; la destrucción de pueblos, ciudades o aldeas no justificadas para usos militares; el saqueo de bienes públicos o privados; y los castigos colectivos.

El proyecto de código no establece específicamente penas; pero a la vez no descarta que el correspondiente tribunal pueda establecer la penalidad del crimen, la cual, en todo caso, deberá ser proporcional a la naturaleza y gravedad de este.

El hecho que el código establezca sólo responsabilidad a individuos no prejuzga ninguna cuestión relativa a la responsabilidad de los Estados, en virtud del derecho internacional.

El proyecto de código adopta el fundamental principio del derecho penal *aut debere aut judicare*, esto es, que si los crímenes que en él se contienen no están enumerados entre los que dan lugar a la extradición en un tratado de extradición vigente entre los Estados partes, se considerarán incluidos para esos efectos, comprometiéndose también los Estados partes a incluir esos delitos en todo tratado de extradición que concluyan entre ellos.

También el proyecto de código establece en favor de los acusados las necesarias garantías judiciales adoptando al respecto similares normas a las que se contienen en los tratados internacionales de derechos humanos. Del mismo modo, el proyecto establece el principio *non bis in idem*, es decir que nadie será juzgado por un crimen contra la paz y la seguridad por el que ya hubiere sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme por un tribunal penal internacional. Asimismo, el proyecto de código contiene una norma sobre irretroactividad penal, en cuanto a que nadie será condenado en virtud de ese instrumento por actos ejecutados antes de que en-

tre en vigor, sin perjuicio de que un juicio pueda llevarse adelante por actos que, en el momento de ejecutarse, eran crímenes en virtud del derecho internacional o del derecho nacional.

El proyecto establece que si el acusado de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad ha actuado en cumplimiento de órdenes de un gobierno o de un superior jerárquico, ello no lo exime de responsabilidad penal, pero tal circunstancia puede llegar a constituir una atenuante. Asimismo, el proyecto señala que el hecho que el crimen haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad penal si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no se tomaron todas las medidas posibles para impedir o reprimir ese crimen. Igualmente, el proyecto contempla una disposición según la cual el carácter oficial del autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad, y en especial el hecho de que haya actuado como Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad.

En lo que respecta a las circunstancias eximentes y atenuantes, estas son reconocidas en el proyecto disponiéndose que el tribunal las ha de tener en cuenta cuando procedan, de conformidad con los principios generales del derecho.

En cuanto al fundamental problema de la jurisdicción, el proyecto establece para los crímenes de genocidio, contra la humanidad, contra el personal de las Naciones Unidas y los crímenes de guerra, que estos pueden ser juzgados tanto por un tribunal nacional como por un tribunal penal internacional, como sería el caso, por ejemplo, de los que se han establecido para la ex Yugoslavia y Rwanda o de una Corte Penal Internacional de carácter permanente, cuyo estatuto previamente elaboró la propia Comisión de Derecho Internacional y cuya consideración está en manos ahora de los correspondientes órganos de las Naciones Unidas. Para el crimen de agresión, en cambio, se ha reservado la jurisdicción únicamente a un tribunal internacional, en vista de la posible falta de imparcialidad que en esa materia pudiesen tener los tribunales nacionales.

El proyecto de Código fue enviado por la Comisión a la Asamblea General de Naciones Unidas, con la recomendación que se convocara a una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y concertar una convención al respecto. Dos años antes, durante su 46ª período de sesiones, la Comisión habrá aprobado un proyecto de estatuto de una Corte Penal internacional adoptando una recomendación similar, solicitando a la Asamblea General que se convocara una Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para examinar el proyecto de estatuto y concertar una convención para el establecimiento de una corte penal internacional.

Por otra parte, la Asamblea General había decidido, mediante la resolución 49/53 de 9 de diciembre de 1994, establecer un Comité Especial abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas o de los organismos especializados para examinar las principales cuestiones sustantivas y administrativas suscitadas por el proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional preparado por la Comisión de Derecho Internacional. Al año siguiente

te, la Asamblea General, mediante la resolución 50/46 de 11 de diciembre de 1995, dió un paso más adelante y decidió, sobre la base del informe del Comité Especial, establecer un Comité Preparatorio para redactar textos con miras a preparar, como próxima etapa, un texto consolidado de aceptación general de una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional para su exámen por una conferencia de plenipotenciarios.

Desde su creación el Comité Preparatorio -el que quedó abierto a todos los Estados Miembros de Naciones Unidas o de los organismos especializados- ha venido trabajando intensamente en su cometido de preparar un proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, considerando como fuente principal el proyecto de Estatuto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y posteriormente el proyecto de la C.D.I. sobre Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Los avances logrados por el Comité Preparatorio motivaron a la Asamblea General, mediante la resolución 51/207 de 17 de diciembre de 1996, a convocar para 1998 a una conferencia diplomática de plenipotenciarios con el objeto de dar forma definitiva a una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

En todo caso, ya sea que el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad se contenga en un instrumento autónomo o que tales crímenes se incorporen al Estatuto, dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional, lo que a esta altura del debate aparece como lo más probable, dicho código al igual que el estatuto, representará uno de los avances más significativos e importantes del derecho internacional en los últimos años.

POST SCRIPTUM

Varios meses después de entregado este artículo y cuando el libro que lo contiene se encontraba en avanzado proceso de impresión, tuvo lugar en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998 la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, la que había sido convocada por la resolución 52/652 de 15 de diciembre de 1977 de la Asamblea General. Dicha Conferencia, tras superar no pocos obstáculos, logró adoptar un texto de Estatuto de la Corte Penal Internacional, el que quedó abierta a la firma de los Estados Miembros de Naciones Unidas o de los organismos especializados a partir del 18 de julio de 1998.

Si bien la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que incluye en la parte relativa a la competencia de la Corte disposiciones que tipifican crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, podría restar vigencia a este artículo, he decidido mantenerlo, actualizándolo con este *post scriptum*. No hay dudas de que, no obstante la meritoria labor realizada por el Comité Preparatorio, las fuentes principales del Estatuto de la Corte Penal Internacional han sido los proyectos de la Comisión de Derecho Internacional de 1994 relativo al estatuto del tribunal internacional y el de 1996 sobre el Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma incorporó en gran medida los principios de derecho penal que se contenían en el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la C.D.I.

De las cinco categorías de crímenes que se incluían en el proyecto de la C.D.I. -el crimen de agresión; el crimen de genocidio; los crímenes contra la humanidad; los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas; y los crímenes de guerra- el Estatuto recogió cuatro, omitiendo tan sólo los crímenes contra el personal de Naciones Unidas, que la Comisión de Derecho Internacional había incorporado a último momento y sin una previa discusión en su Comité de Redacción.

Al igual como sucedió en las discusiones dentro de la C.D.I., la Conferencia de Roma rechazó las propuestas formuladas por algunos Estados para incluir en la competencia de la Corte Penal Internacional otros crímenes, como los de de terrorismo internacional y de tráfico ilícito de estupefacientes.

Si bien el Estatuto incorporó el crimen de agresión, subordinó la competencia de la Corte a que esta precise posteriormente las condiciones bajo las cuales ejercerá esa competencia y a que se defina el crimen de agresión, asunto cuya complejidad nuevamente quedó de manifiesto durante los debates y negociaciones habidas en la Conferencia, lo que hace predecir las dificultades que surgirán en este asunto que el Estatuto optó por diferir.

En cuanto al crimen de genocidio, el artículo adoptado por el Estatuto es prácticamente idéntico al que se contenía en el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de la C.D.I.

La lista de los crímenes contra la humanidad que se recogió en el Estatuto -que pasaron a denominarse de lesa humanidad- es similar a la que se contenía en el proyecto de la C.D.I.. Ella comprende el asesinato; el exterminio; la esclavitud; la deportación o traslado forzoso de la población; la encarcelación u otra privación grave de la libertad física; la tortura; la violación, esclavitud sexual; la prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; la persecución de un grupo fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, sexuales u otros motivos inaceptables; la desaparición forzada de personas; el crimen del apartheid; y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Si bien casi todos estos crímenes de lesa humanidad se encontraban en el proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional, el Estatuto adoptado en Roma modificó algunos criterios de la C.D.I. y, sobre todo a través de sendas definiciones, precisó el sentido y alcance de varios de estos crímenes. Así, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional volvió a incluir el crimen del apartheid, que había figurado en los proyectos iniciales de la C.D.I., pero que está en la versión final del proyecto, había reemplazado por el de discrimina-

ción institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos. Asimismo, el Estatuto amplió los crímenes sexuales de violación y prostitución forzada que figuraban en el proyecto de la C.D.I. a otras cuatro figuras criminales más, manteniendo la referencia genérica de otras formas graves de abuso sexual.

Con todo, el mayor aporte del Estatuto en esta materia -resultado de la labor del Comité Preparatorio, de las enmiendas formuladas por algunos Estados y de arduas negociaciones que se llevaron a cabo en Roma a través de grupos informales de trabajo- fue haber definido en un párrafo especial ciertos crímenes de lesa humanidad o algunas situaciones especiales contempladas en el Estatuto. Es el caso de las definiciones de “ataque contra una población civil”; “exterminio”; “esclavitud”; “deportación o traslado forzoso de personas”; “tortura”; “embarazo forzoso”; “persecución”; “crimen de apartheid”; y de “desaparición forzada de personas”.

Algunas de esas definiciones se apartan de conceptos previamente definidos en anteriores instrumentos internacionales, como es el caso de la tortura, la que en vez de que sea “un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, como lo dispone el Convenión contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984, el Estatuto exige ahora tan sólo que “el acusado tenga bajo su custodia o control” a la persona a la que se le haya causado intencionalmente dolor o sufrimientos graves. Otras definiciones han añadido elementos *de lege ferenda*, que no se encontraban incorporados en anteriores instrumentos. Es el caso de la definición de “exterminio”, la que de acuerdo al texto adoptado en Roma “comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”; o la definición de “esclavitud” la que, además de abarcar el ejercicio de los atributos de propiedad sobre una persona, incluye ahora a los efectos de definir el crimen de esclavitud al “ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños”.

En algunos casos estas definiciones resultan indispensables para tipificar un crimen contra la humanidad, que permitan así diferenciarlos de una situación que bajo otras circunstancias podría ser considerada perfectamente legal. Es el caso de las definiciones de “ataque contra una población civil”; “deportación o traslado forzoso de una población” o “persecución”.

En cuanto a la desaparición forzada de personas, la definición adoptada tuvo su origen en una propuesta formulada por la delegación de Chile, modificada por la de la India, según la cual por ella “se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”. Esta última expresión obedeció a una enmienda de la India en la que el término “indefinidamente” de la propuesta chilena fue sustituido por el de “por un período prolongado”.

El elemento común para que pueda configurarse el crimen, según se contiene en la parte introductoria del correspondiente artículo, es que debe tratarse “de un ataque generalizado o

sistemático contra una población y con conocimiento de dicho ataque”, expresiones estas que vinieron a reemplazar a las más amplias -y, en alguna medida, más precisas- del proyecto de la C.D.I. de que la comisión del crimen contra la humanidad fuese “sistemática o en gran escala e instigada o dirigida por un gobierno o por una organización política”, expresión esta última que se ha reservado sólo para ciertos crímenes, como el de desaparición forzada de personas.

Finalmente, en lo que respecta a los crímenes de guerra cometidos “como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”, el texto del Estatuto, si bien tiene su fuente fundamental, al igual que el proyecto de C.D.I., en las Convenciones de Ginebra de 1949, (no hay referencias en el Estatuto a los protocolos complementarios de 1977) este amplió considerablemente el número de las acciones que constituyen un crimen de guerra.

A la vez, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, avanzando con respecto al proyecto de la C.D.I., distingue entre los crímenes de guerra, a aquellos que se aplican a situaciones de índole internacional y los que no revisten ese carácter, aunque respecto de estos últimos exceptúa la aplicación del Estatuto “a situaciones de disturbios o tensiones internas, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar”. Aunque tal precisión resultaba necesaria, el hecho de que el Estatuto haya incluido como crimen de guerra a diversas acciones cometidas durante conflictos armados que no son de índole internacional, resulta importante de destacar, toda vez que en la actualidad la mayoría de los crímenes de guerra suelen tener lugar precisamente en conflictos internos.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado por una abrumadora mayoría de los Estados que participaron en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas celebrada en Roma. Sólo China, Estados Unidos de América, Irak, Israel, Libia, Qatar y Yemen votaron en contra de su adopción.

Si bien es lamentable que entre los opositores figuren, el Estado más poblado del mundo y el más poderoso, el cual paradójicamente con anterioridad había tenido una participación decisiva en el establecimiento de los cuatro tribunales penales internacionales que han existido -los de Nuremberg, Tokio y los creados por el Consejo de Seguridad para la ex Yugoslavia y Rwanda- lo que puede afectar la eficacia del tribunal, confiamos que tales marginaciones no serán óbice para la existencia y funcionamiento de una corte penal internacional de carácter autónomo y permanente, surgida de un instrumento convencional.

Por otra parte, independientemente del tribunal internacional, los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad que se contemplan en el Estatuto, para los Estados que lo ratifiquen, se incorporan a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, con lo cual esos crímenes también quedarán tipificados en las correspondientes legislaciones penales internas de cada uno de esos Estados.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional requiere para su entrada en vigor, el depósito de instrumentos de ratificación de 60 Estados, lo que hace suponer que estará en vigencia an-

tes de dos años, lo cual significará que al comienzo del próximo milenio la comunidad internacional y un significativo número de Estados dispondrán de un fundamental instrumento que hará más difícil la impunidad para los responsables de graves crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.

PANORAMA GENERAL DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

José Luis Vázquez Alfaro^(*)

SUMARIO: A. Características del Control Jurisdiccional de la Administración Pública. B. Tribunales Administrativos y Defensa de los Derechos de las Personas. C. Los Modelos de Jurisdicción Administrativa. D. El Modelo de Unidad de Jurisdicción. E. El Modelo Dualista: El Sistema Francés. F. El Modelo Alemán. G. Balance de los Sistemas. H. La Jurisdicción Administrativa en América Latina.

Es con la finalidad de rendir homenaje a la gran obra de mi estimado maestro que contribuí con este pequeño trabajo a la obra colectiva que para tal efecto ha decidido preparar la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este trabajo se intenta describir brevemente a la organización de los principales sistemas de jurisdicción administrativa.

A. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El control jurisdiccional, ejercido por los tribunales judiciales y administrativos, comprende dos grandes apartados: por una parte, el control de constitucionalidad; por otra parte, el control de legalidad de los actos administrativos.

Para distinguirlo de los otros tipos de control podemos afirmar que este control posee una serie de rasgos particulares:

D) Este control es ejercido por jueces independientes de las autoridades administrativas.

^(*) Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Ellos son magistrados profesionales, que poseen una competencia técnica en materia jurídica;
- II) Es un control puesto en funcionamiento por una demanda presentada por un administrado, ya que, en general, el juez no actúa de oficio;
- III) Únicamente se puede realizar para revisar la posible ilegalidad o la inconstitucionalidad del acto atacado;
- IV) El juez administrativo, en la mayor parte de los casos únicamente puede anular o retirar el acto administrativo ilegal. Sólo tiene, algunas veces, un poder de reformarlo;
- V) El control jurisdiccional debe respetar las reglas del procedimiento contencioso. En principio se deben satisfacer ciertas condiciones de procedencia. En seguida, el procedimiento es sometido al principio del contradictorio. En fin, el juez tiene la obligación de resolver mediante una sentencia motivada y fundada sobre consideraciones jurídicas. La decisión emitida por el juez posee la autoridad de la cosa juzgada;
- VI) La jurisdicción administrativa constituye una especie del género jurisdicción, en razón de su materia, e independientemente de la naturaleza del órgano que ejerce la función jurisdiccional. Incurriríamos en un grave error si pretendiésemos, seguir dentro de una concepción formalista de las funciones del Estado pues existen órganos formalmente administrativos que se encargan de funciones jurisdiccionales.

B. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

Para abordar este punto tomaremos como base la clasificación propuesta por el jurista italiano Mauro Cappelletti para explicar el funcionamiento de los distintos instrumentos que conforman la jurisdicción constitucional (y que constituyen el objeto de estudio del derecho procesal constitucional).¹

Esta jurisdicción constitucional se divide en tres grandes sectores que son: la jurisdicción constitucional de la libertad (que agrupa los instrumentos protectores de los derechos humanos), la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional supranacional.

La jurisdicción constitucional de la libertad se divide, a su vez, en remedios específicos, complementarios e indirectos. Los primeros son aquellos instrumentos encaminados en forma directa a reprimir las violaciones a los derechos humanos; *Habeas Corpus*, Amparo, *Mandado de Segurança*, etcétera. Los remedios complementarios, por su parte, son mecanismos que fun-

¹ Cfr: La jurisdicción constitucional de la Libertad, México, UNAM, 1961, traducción de Héctor Fix-Zamudio.

cionan *a posteriori*. Entre ellos podemos mencionar al Juicio de responsabilidad política de los altos funcionarios de la Federación (similar al *impeachment* norteamericano). En contraste, los remedios indirectos, entre los que el ilustre procesalista incluye a la jurisdicción administrativa y al proceso ordinario, tienen como función principal la tutela de los derechos de carácter ordinario, pero en forma “refleja” tutelan los derechos de la persona humana consagrados en los textos constitucionales.²

Para que la explicación sea más completa debemos decir que el proceso administrativo está diseñado como un control de legalidad de los actos de las autoridades administrativas y no como un control de constitucionalidad, siendo su función esencial la de proteger los derechos ordinarios y no la de los derechos públicos subjetivos incluidos en la Constitución. No obstante lo anterior, algunos tratadistas califican al proceso administrativo como un instrumento específico de tutela de los derechos humanos, debido a su importante labor en aquellos sistemas jurídicos que no cuentan con tribunales dedicados directamente al control y a la interpretación jurisdiccional de la Constitución, como es el caso de Francia.³

En este sentido, los distinguidos constitucionalistas Charles Einsenman y Leo Hamon distinguen dos órdenes de materias sobre las cuales el Consejo de Estado ejerce la función jurisdiccional constitucional: a) La llamada “jurisdicción constitucional de los actos” en la que, previa revisión de la regularidad de los actos y resoluciones administrativos, el órgano jurisdiccional debe pronunciarse sobre su validez con respecto a las normas constitucionales; b) Aquella que denominan “jurisdicción constitucional de las infracciones o represiva”, en la que utilizando el mismo procedimiento, el juez administrativo debe identificar las infracciones con el fin de imponer las penas que correspondan.

En nuestra opinión sólo resulta interesante en nuestro análisis la referencia a la primera categoría de jurisdicción constitucional ejercida por el citado Consejo de Estado, especialmente a raíz de la consagración en la jurisprudencia del Consejo Constitucional de la existencia de los llamados “reglamentos autónomos”, los que son actos materialmente legislativos.⁴

C. LOS MODELOS DE JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

La organización del control jurisdiccional de la administración varía según los diferen-

² Cfr: Fix-Zamudio, Héctor, “La protección procesal de las garantías constitucionales en Iberoamérica”, en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Angel Porrúa, 1988, pp. 235-238.

³ Cfr: Batailler, Francine, *Le Conseil d’Etat juge constitutionnel*, París, LGDJ, 1966, pp. 33 y 34. El autor citado sostiene que esta característica del Consejo de Estado más que obedecer a un criterio “orgánico”, responde a uno que denomina “funcional”, según el cual el juez constitucional será aquel que aplique la norma constitucional al decidir sobre la constitucionalidad de leyes y actos.

⁴ Cfr: “La juridiction constitutionnelle en droit français”, en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Berlín, Karl Heymans Verlag KC, 1962, pp. 247 y ss.

tes sistemas jurídicos. Conforme al papel del juez judicial y del juez administrativo, podemos distinguir diversos sistemas de control jurisdiccional de la administración. Existen dos modelos radicales: el dualista y el judicialista.⁵

1. En el modelo dualista o francés, una jurisdicción administrativa independiente es competente para resolver el conjunto de litigios que oponen a la administración frente a los particulares;
2. El modelo de unidad de jurisdicción o anglosajón, otorga al juez judicial el conocimiento del contencioso administrativo;
3. Además de estos dos arquetipos, existe una gran variedad de soluciones mixtas situadas entre los dos primeros modelos, que distribuyen el contencioso administrativo entre el orden administrativo y el orden judicial. Entre este grupo, que es el más numeroso, es necesario hacer una mención especial del modelo alemán que presenta una serie de originalidades respecto de los dos modelos de base.⁶

Los sistemas dualista y de unidad de jurisdicción tuvieron un mismo origen desde el punto de vista histórico, pero sufrieron una evolución divergente.

Mientras que en Gran Bretaña, la monarquía fracasó y las jurisdicciones especiales creadas por el Rey fueron suprimidas;⁷ en Francia, el absolutismo triunfó y la monarquía prohibió a los jueces del poder judicial examinar los actos de los administradores.⁸

Este principio fue retomado durante el período revolucionario, y conservado en los documentos de la época napoleónica (Constitución del Año VIII).

Al paso de los años, este sistema ha dado nacimiento a una protección eficaz de los administrados, particularmente a partir de 1872.

D. EL MODELO DE UNIDAD DE JURISDICCIÓN

El primer sistema confía a los tribunales judiciales u ordinarios el control de la administración. Un sólo orden de tribunales se encuentra facultado para conocer tanto del contencioso administrativo como de los procesos ordinarios entre los particulares.

Esta fórmula, que prevalece en el mundo anglosajón, también existe en algunos países

5 Cfr. Puget, Henry, *Institutions administratives étrangères*, París, Dalloz, 1969, pp. 182 y ss.

6 Cfr. Stirn, B, *Le Conseil d'Etat*, París, Hachette, 1991, p. 129.

7 A partir de la gloriosa revolución de 1688.

8 Cfr. Edicto de Saint Germain-en-Laye, de febrero de 1641 y la sentencia del Consejo del Rey del 8 de julio de 1667.

9 Este modelo ha sido tomado por otros países del Commonwealth (Australia y Nueva Zelanda).

exsocialistas y en sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición romano-germánica.⁹

a. *El ejemplo británico*

1) *Idea general*

En esta concepción, la unidad del derecho y la existencia de un solo orden de jurisdicción son necesarias para garantizar el respeto de los derechos. Las partes se encuentran en igualdad de condiciones y no existe ninguna distinción entre derecho público y derecho privado.¹⁰

Sin embargo, a partir de la primera postguerra mundial, inició a una etapa caracterizada por la vigorosa intervención del Estado en los ámbitos económico y social, hecho que se acompañó de una abundante “legislación delegada”, y que dio como resultado la multiplicación de órganos y de procedimientos en el seno de la administración pública. También proliferaron a partir de esta época los *administrative tribunals*, que más que tribunales son órganos de la administración que realizan funciones reglamentarias y cuasi-jurisdiccionales.¹¹

2) *Organización de los tribunales británicos*

La estructura actual de la jurisdicción británica data -con algunos cambios- desde 1873, año en que se expidieron las “Leyes de Judicatura”.

La *House of Lords* es el supremo tribunal en Gran Bretaña y resuelve en última instancia en aquellos casos excepcionales en los que procede su intervención.

Respecto de la organización de los órganos superiores de la jurisdicción ordinaria, en el vértice superior de la pirámide judicial se encuentra la Suprema Corte de Justicia, misma que se divide en dos ramas:

- La Corte de Apelaciones (*Court of Appeal*), formación en la que conoce de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de los tribunales distribuidos en el territorio del Reino (*County courts*) y contra algunas resoluciones de la *High Court*; y

- La Alta Corte de Justicia (*High Court of Justice*), que, a su vez, se divide en cinco órdenes:

- La Sala de la Corte del Rey: (*King's Bench Division o Queen's Bench Division*);

Fuera de este grupo de países, podemos encontrar una jurisdicción única dotada de una Suprema Corte en países como Israel, Japón y China.

¹⁰ Aunque esta afirmación no debe ser tan categórica. *Cfr.* Lawson, “La jurisdicción administrativa en Inglaterra”, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, núm. 4, enero- junio, 1955, pp. 141 y 142.

¹¹ Asuntos fiscales, prestaciones de desempleo o de seguridad social, inmigración; *Cfr.* Fromont, Michel, “Les administrative tribunals en Grande Bretagne”, *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, núm. 29, París, 1977-78, p. 303.

- La Sala de la Cancillería o Equidad: *Chancery Division*;
- La Sala del Fisco: *Exchequetur Division*;

- La Sala de Sucesiones, Divorcio y Almirantazgo: *Probate, Divorce and Admiralty Division*; y

- La Sala de los juicios ordinarios.

3) *La transformación del modelo clásico*

Sin embargo, las particularidades del derecho administrativo y el alto grado técnico de algunas cuestiones han llevado a este país a dotarse de jurisdicciones especializadas y competentes en materia administrativa.

El sistema jurisdiccional británico ha evolucionado en esa dirección a partir de la creación de los *administrative tribunals*, competentes para conocer de ciertos asuntos administrativos.¹² También existen jueces de apelación especializados en las cuestiones administrativas: a partir de 1978 se empezó a desarrollar la *application for judicial review*, que es un recurso cuya amplitud y alcance han sido precisados en 1983 por la Cámara de los Lores.¹³

Desde 1981, los jueces de la High Court que son competentes para conocer de la *application for judicial review* forman parte de una lista especial: la *Crown Office List*.¹⁴

4) *Influencia del modelo. Los Estados Unidos*

En los Estados Unidos existe también un solo orden de jurisdicción, colocado bajo la autoridad de la Corte Suprema. La unidad del sistema es uno de los elementos que fortalecen el poder judicial en ese país.

El sistema del *common law* fue “recibido” en Norteamérica, pero comporta algunas diferencias importantes como consecuencia de la organización constitucional de los Estados Unidos, que poseen un texto constitucional escrito y “rígido”, desde el punto de vista de su revisión. En primer lugar debemos mencionar la naturaleza presidencial del régimen, y en segundo

12 Cfr. Costa, Jean- Paul, *Le Conseil d’Etat dans la société contemporaine*, París, Económica, 1993, pp. 156 y ss, “Existe una evolución desde hace algunos años: La *judicial review* progresa y existen tribunales administrativos, pero la idea del dualismo jurisdiccional y de un órgano consejero jurídico del gobierno está lejos de la mentalidad británica, canadiense o americana”.

13 En la sentencia *O’Reilly v. Mackman* [1983] 2 A.C. 237 y confirmada en la *Cocks v. Thanet District Council* [1983] 2 A. C. 286.

14 Cfr. Jolowics, J.A, *Droit Anglais*, Dalloz, Pr,cis, París, 1992, pp. 110-113, “La *application for judicial review* sólo puede ser iniciada en caso de que se enjuicie un acto emanado de un organismo de derecho público, en el ámbito de competencia administrativa de la Corte Suprema. De modo que, una vez atribuida a la House of Lords, debe considerarse como excluida la competencia de los tribunales comunes cuando el derecho reclamado pertenezca al derecho público”.

término la estructura federal. Por otra parte, las bases del sistema de derecho público han evolucionado más rápidamente que en Gran Bretaña (el ejemplo puede ser la existencia de la Court of Claims -desde 1941- y de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1946).

Por otra parte en los Estados Unidos también se ha dado un gran desarrollo de los administrativos tribunals, como por ejemplo, *The Board of Tax Appeals*, *The United States Custom Court*, entre otros.

5) *Otras soluciones de tipo judicialista: el ejemplo de España*

También pueden existir tribunales administrativos especializados al interior de las jurisdicciones ordinarias. Así, en este país, el Tribunal Supremo comprende una sala administrativa que se ocupa del contencioso-administrativo. Tal es el caso de España, que examinaremos brevemente.

a') *Aspectos históricos*

En un principio, existía en España un Consejo del Rey (Ley del 6 de julio de 1846), que luego se transformó en un Consejo de Estado de tipo francés, reorganizado por una Ley del 17 de agosto de 1860.

Disuelto en 1874 (1º de junio), y posteriormente reinstalado en 1875 (Decreto-ley del 20 de enero), este Consejo fue inhabilitado para juzgar el contencioso administrativo en forma definitiva por una Ley del 5 de abril de 1904.

El texto en vigor en la materia es la Ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa del 27 de diciembre de 1956. Dicha ley, en su exposición de motivos, se define a sí misma como “judicialista”, conforme al modelo de la Ley de 1904.¹⁵

Por su parte, la Constitución de 1978 afirma en su artículo 117. 5 que: el principio de unidad jurisdiccional es una de las bases de la organización y del funcionamiento de los tribunales.

b') *Organización*

La Ley Orgánica del poder Judicial del 1º de julio de 1985 puso en funcionamiento una reorganización de la estructura del poder judicial, con base en el reconocimiento de la transformación de la división territorial del Estado español en el texto constitucional de 1978, en razón se procedió a la creación de un tribunal superior al interior de cada “Autonomía”.

De esta forma, el Tribunal Supremo cuenta con una sala de lo Contencioso Administrativo, la cual posee competencia para conocer en última instancia de todos los recursos en casación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por las salas de los Tribunales Superiores

¹⁵ Cfr: González Pérez, Jesús, Derecho Procesal administrativo, Madrid, 1964, T.I, p.459.

de las Comunidades Autónomas. (art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

c') *Otros países con jurisdicción especializada*

Numerosos países cuentan en la actualidad con una jurisdicción administrativa suprema especializada: Austria (cámara administrativa suprema), Finlandia y Suecia; Túnez, Portugal (tribunal administrativo), México (sala administrativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en la actualidad, es la segunda sala y tribunales colegiados de circuitos y juzgados de distrito especializados. Este sistema también es practicado por algunos países del Africa negra francófona y de la región del Magreb.

E. EL MODELO DUALISTA: EL SISTEMA FRANCÉS

a. *Idea General*

Se trata de un modelo fundado sobre una particular interpretación de la separación de las funciones administrativa y judicial caracterizada por la existencia de jurisdicciones administrativas completamente autónomas y distintas de las jurisdicciones judiciales u ordinarias, pero que al mismo tiempo son independientes de la administración activa. La creación jurisprudencial de estas jurisdicciones fue creando un derecho especial aplicado por una “magistratura administrativa”.¹⁶

Estas jurisdicciones administrativas poseen, al mismo tiempo, atribuciones contenciosas y consultivas; sus miembros no son magistrados, sino consejeros de Estado ligados a la administración en carácter de funcionarios públicos. Funcionarios que son, al mismo tiempo, consejeros y jueces de la rama Ejecutiva del poder público.

En fin, podríamos resumir las características de este sistema evocando la idea de una doble dualidad: dualidad de jurisdicciones, judicial y administrativa, y al interior de la jurisdicción administrativa, dualidad de atribuciones contenciosas y consultivas.¹⁷

También podríamos evocar los tres principios básicos que rigen el sistema francés de jurisdicción administrativa: el principio de legalidad de la administración pública; el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales, con la consecuente independencia de la administración frente a los órganos de la jurisdicción ordinaria; y el principio de independencia de los órganos de la jurisdicción administrativa respecto de las autoridades de la administración activa.

Es necesario señalar que la existencia de estas jurisdicciones administrativas especiali-

¹⁶ Cfr. Braibant, G, *Droit administratif*, París, Dalloz-FNSP, 2a. ed, 1988, p.417.

¹⁷ Cfr. Costa, J, *op. cit.*, p.156, “El Tribunal administrativo tiene competencia contenciosa pero no consultiva. A la inversa el Consejo de Estado español ejerce atribuciones consultivas, pero no jurisdiccionales”.

zadas (en el contencioso administrativo) no constituye, en sí misma, un elemento suficiente para caracterizar la dualidad de jurisdicción. Además, de ella, se requiere que los tribunales administrativos formen un orden jerarquizado e independizado de las más altas jurisdicciones ordinarias o judiciales; el complemento lógico de esta dualidad es la institución de una instancia arbitral encargada de solucionar los conflictos de atribución entre los dos órdenes de jurisdicciones.¹⁸

b. *Desarrollo histórico*

El sistema francés de jurisdicción administrativa surgió a partir de la interpretación (motivada por las circunstancias históricas) que hicieran los revolucionarios franceses del principio de separación de funciones. Correlativamente el principio de la legalidad de la administración produjo la imposibilidad para los tribunales ordinarios de inmiscuirse en las cuestiones administrativas, y de juzgar los actos de la administración, cualquiera que fuere su clase.¹⁹

Al sustraer el conocimiento de las pretensiones deducidas sobre actos y operaciones administrativas de la esfera competencial de los tribunales ordinarios fue necesario conformar tribunales en el seno de la administración, los que en un principio eran organismos administrativos pero que, después de una lenta evolución, devinieron jurisdicciones.

a") *Orígenes y creación del Consejo de Estado*

Los antecedentes del Consejo de Estado se remontan, a juicio de la mayoría de autores, a la Corte del Rey -de la época medieval-, que cumplía funciones de asesoría y que fue evolucionando hasta adquirir funciones jurisdiccionales.

A partir del siglo XIII, el Rey consiguió que todas de las resoluciones dictadas por los señores feudales pudieran ser revisadas por la Corte paralelamente, al lado de la Corte del Rey, se conformó un cuerpo permanente de funcionarios con la preparación técnica suficiente para estudiar los asuntos y preparar los proyectos de resolución. Al consolidarse el poder monárquico, los señores feudales fueron sustituidos por juristas para conformar el Consejo del Rey.

Fue durante el reinado de Luis XIV cuando el Consejo del Rey adquirió una organización regular y permanente. Dicho Consejo se formaba por cuatro secciones, y sus funcionarios se llamaban ‘consejeros del Rey’; también fueron incorporados otro tipo de letrados: los *maî-*

18 Cfr: Fromont, Michel, *op.cit. supra*, Le débat, pp. 48 y s.

19 Cfr: Mestre, Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, París, PUF, Droit Fondamental, 1985, p. 213, “En un contexto político tenso, esta crítica fue hecha pública a través, de una serie de conflictos y tuvo su expresión la más celebre en las 18 *remonstrances que la Cour d’Aides de Paris* dirigió al Rey entre 1756 y 1775 en las que denunció la confusión de la administración con la justicia”.

20 Cfr: Auby y Drago, *op. cit. supra*, t. II, “Traité”,. p. 232, “Desde Luis XIV el Conseil d’Etat adquiere su fisonomía moderna de la que se inspirará Bonaparte en el año VIII”.

tres de requêtes. Esta estructura y organización subsistió hasta 1789.²⁰

Al triunfo de la Revolución francesa esta organización fue disuelta, por los revolucionarios quienes la consideraban un órgano vinculado al antiguo régimen. Como ya se evocó previamente, fue la rígida interpretación que de la teoría de la separación de poderes realizaron los revolucionarios franceses el motivo para que establecieran las bases de la jurisdicción administrativa: la prohibición a los tribunales judiciales para que conocieran de los asuntos de la administración dio lugar a la creación de un órgano jurisdiccional en el seno de la administración.²¹

La “Ley de 27 de abril 25 de mayo”, de 1791 suprimió todos los consejos hasta entonces existentes, pero creó un Consejo de Estado, que era formado por el *Rey* y sus ministros, y que poseía algunas atribuciones contenciosas, según se desprende del artículo 17 de la citada ley.

b") *Constitución del Año VIII*

El inicio de la fase moderna del Consejo de Estado, creado en 1781, suele ser situado, por los tratadistas, en la Constitución del Año Octavo, y cuya competencia era regulada por el reglamento conforme al decreto del Cinco Nivoso del Año VIII (1799).

Napoleón, siendo cónsul, expidió un decreto de reorganización del Consejo de Estado en el que, además de sus funciones administrativas y legislativas, se le encomendaba resolver “las dificultades que pudieran surgir en materia administrativa”.

Si bien es cierto que este organismo poseía nuevas atribuciones, también conservaba un gran número de características del antiguo Consejo del Rey, del siglo XVIII, específicamente por lo que respecta al mecanismo de toma de decisiones por parte del jefe de Estado. El Consejo de Estado y los consejos de Prefectura sólo elaboraban dictámenes que eran aprobados por el jefe de Estado, en lo que comúnmente se llama justicia retenida.

La estructura del Consejo fue dividida en cinco secciones, y sus atribuciones se resumían en: a) Preparar las leyes que el órgano Legislativo debía aprobar; b) Elaborar los reglamentos de la administración, y c) Resolver las dificultades surgidas en materia administrativa.

De lo anterior podemos inferir que el Consejo de Estado conservó su carácter de órgano consultivo ya que correspondía únicamente al cónsul, y posteriormente al emperador, tomar las decisiones que, generalmente, asumían la forma de decretos. Por lo que toca al método del trabajo al procedimiento, fue puesto en práctica, desde entonces, el trabajo colegiado y el análisis de cada asunto por dos cuerpos distintos.

c") *Restauración y Segunda República*

En la etapa de la restauración, el Consejo de Estado era objeto de recelo o parte de los liberales quienes lo consideraban una institución muy ligada a Napoleón, de modo que si bien

²¹ Ley 16-24 agosto 1790, art. 13: “Las funciones Judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas”.

fue restablecido se le dio la estructura que poseía en Consejo del antiguo régimen.

En la segunda República, la Constitución de 4 de noviembre de 1848, (artículos 71 a 75), le concedió al Consejo de Estado la jerarquía de órgano constitucional. La Constitución de 14 de enero de 1852, (artículo 50), repuso el sistema de jurisdicción retenida.

Fue durante el segundo imperio cuando el Consejo de Estado adquirió mayor independencia y autoridad. El 2 de noviembre de 1864 se expidió un decreto que amplió el recurso por exceso de poder. El decreto de 2 de noviembre de 1865 reorganizó los consejos de Prefectura, creados en la Constitución del Año VIII, como jurisdicciones de atribución e incluyó el procedimiento a seguir ante ellos.

En ese mismo periodo histórico se estableció el examen de selección para funcionarios del Consejo de Estado, con la finalidad de asegurar el manejo tecnificado y eficiente de los asuntos.

d") *1872- 1945 : la jurisdicción delegada*

Es a partir de 1872 cuando se consolida el Consejo de Estado como un órgano independiente, pues una ley del 24 de mayo de ese año le confía la jurisdicción delegada. Es decir, que le otorgó la facultad para decidir las controversias que le eran sometidas en ejercicio de su propia jurisdicción.²² Se incrementó el número de recursos contenciosos administrativos.

Este mismo ordenamiento reconoció el carácter del Consejo de Estado como juez de derecho común en materia administrativa.

El recurso por exceso de poder sobre el cual el Consejo de Estado ha elaborado toda una doctrina se convierte en la institución procesal más eficaz contra los abusos del poder.

Un decreto -Ley de 6 de septiembre de 1926- creó los consejos interdepartamentales. Durante el presente siglo el Consejo de Estado fue regulado por varias ordenanzas y leyes, hasta 1945, año en que se expidió una Ordenanza (45-1706 de 31.7) que codificó todas las reglas sobre el Consejo de Estado.

e") *1953: creación de los tribunales administrativos*

Era, en esta época, tan elevado el volumen de asuntos llevados ante el Consejo de Estado, que impedía que las resoluciones emitidas sobre los mismos fueran prontas y oportunas. El decreto de 30 de septiembre de 1953 reestructuró la organización de la jurisdicción administrativa francesa, al reemplazar a los consejos de prefectura, jueces de atribución, por tribunales ad-

²² Cfr. *op. cit.* ult, p. 240, "De hecho, la ley del 24 mayo 1872 será el resultado de los esfuerzos cotidianos emprendidos desde 1789 para someter la administración al respeto del derecho ante una jurisdicción distinta a la de los tribunales judiciales pero que ofrece las mismas garantías de aquella".

ministrativos de primera instancia, como jueces de derecho común en materia administrativa. El Consejo se convirtió en juez de apelación y de última instancia respecto de los fallos de los recién creados tribunales. El Consejo de Estado conservó una jurisdicción en primera y última instancia en aquellas materias fijadas por la Ley.

Si bien la reforma que se comenta transfirió parte de la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado hacia los tribunales administrativos, no se afectaron ni la organización ni las funciones del citado Consejo como consejero del gobierno francés. El Código de los Tribunales Administrativos es el ordenamiento rector de la organización funcionamiento de los citados órganos.

f") *1987-1988: Cortes administrativas de apelación*

La reforma introducida por la Ley 87- 1127, del 31 de enero de 1987, en vigor desde el primero de enero de 1988, fue calificada como la más audaz desde 1953 ya que reestructuró la jurisdicción administrativa francesa en el aspecto funcional, y además introdujo disposiciones procesales consideradas "originales". La reforma en cuestión persiguió la adecuación de la estructura de los tribunales administrativos franceses a la evolución cuantitativa del proceso administrativo. La reforma fue calificada de "estructural" debido a que creó nuevos órganos de jurisdicción administrativa: las cortes administrativas de apelación, competentes para decidir, en última instancia, sobre una gran parte de controversias en materia administrativa.

Además de la reforma estructural, el rezago de asuntos en el Consejo de Estado fue combatido por dos vías: la primera de ellas que se refiere a la búsqueda de mayor eficiencia en los procedimientos de tramitación de los expedientes (mediante su informatización), se tradujo en un importante incremento en el número de fallos emitidos desde 1977.

La segunda vía consistió en la modificación de las estructuras orgánicas de la jurisdicción administrativa. El elemento central de la citada reforma lo constituyeron las cortes administrativas de apelación, interregionales, que, en número de cinco, absorbieron la competencia que, como juez de apelación, poseía el Consejo de Estado.

Se podría decir que la reforma introducida por la ley 87- 1127 aproximó la estructura de la jurisdicción administrativa francesa a la organización típica de las jurisdicciones judiciales y concretamente, a la de las jurisdicciones administrativas especializadas europeas. El Consejo de Estado conserva una función más amplia que la de simple juez de apelación: es juzgador de única instancia para aquellos asuntos de importancia nacional; además, es juez de apelación para una serie de asuntos no susceptibles de ser colocados en un doble grado de apelación (y respecto de los cuales no son competentes las cortes administrativas de apelación). Es juez de casación respecto de los tribunales administrativos especiales y de las cortes administrativas de apelación, siguiendo en el aspecto procedimental las reglas clásicas de la casación.

Existe la posibilidad de obtener una sentencia definitiva del supremo órgano de jurisdic-

ción administrativa al permitirse a los tribunales de primera instancia y a las cortes administrativas de apelación, someter a la sección de lo contencioso del Consejo de Estado, la resolución de aquellos asuntos que contengan “una cuestión de derecho novedosa y de difícil solución”, de la cual dependa la solución de un gran número de asuntos. Esta medida refuerza el vínculo entre los elementos integrantes de la jurisdicción administrativa francesa.

g") 1988: *reformas al procedimiento*

Por cuanto a las cuestiones procedimentales, la reforma de 1988 introduce dos cuestiones: primeramente se fortalece la “prevención del contencioso”, dando base a un procedimiento previo, limitado a los recursos de plena jurisdicción intentados en contra de las personas colectivas de derecho público, al que algunos tratadistas llaman “contencioso de las colectividades”. En segundo lugar, se confirmó la función revisora del Consejo respecto de los actos de los órganos de la jurisdicción administrativa (decreto número 88-097, de septiembre de 1988).

1°. *Adopción de medidas cautelares positivas*

El mencionado decreto “conteniendo diversas medidas relativas al procedimiento contencioso administrativo” surgió como reacción ante los reproches que algunos tratadistas hicieron a la ausencia de reformas procedimentales en la reforma de diciembre de 1987.

i) Mediante una reforma a la Ordenanza de 1945, se crearon dos *référé*s en materia jurisdiccional administrativa: el *référé expertise*, encaminado a la realización de las diligencias probatorias, cuyo objeto se pueda perder con el simple transcurso del tiempo. Por otra parte se creó un *référé provision*, mediante el cual el juez puede decretar que se haga un depósito crear una provisión de dinero en favor del acreedor que ha interpuesto una demanda de fondo, aún cuando no se haya establecido la existencia de la obligación de pagar. En este caso, se puede obligar al presunto deudor a otorgar una caución.

ii) Un segundo elemento de la reforma consistió en la creación de una “cláusula general” que otorga al juez amplios poderes para tomar todas las medidas cautelares necesarias para llegar a la sentencia de fondo, así como para asegurar la ejecución de ésta.

2°. *Ejecución de sentencias*

El decreto de 2 de septiembre de 1988 contiene algunas novedades. En su capítulo II, llamado “Ejecución de decisiones de la jurisdicción administrativa”, no introduce grandes cambios a la regla de remitir la ejecución a la autoridad administrativa enjuiciada. Sólo se crea una instancia aclaratoria pues se concede a los ministros, en cuya dependencia se haya anulado un acto o fincado una responsabilidad mediante sentencia, la facultad de consultar al Consejo de Estado para que este aclare las modalidades de ejecución de la decisión jurisdiccional. Lo anterior no es una potestad del juzgador sino una facultad de la administración que, de alguna manera puede lograr que los tribunales administrativos se interesen en la ejecución.

También es de importancia citar la circular emitida por el primer ministro “relativa al cumplimiento de las decisiones del juez administrativo”, dirigida a los ministros y secretarios de Estado, y publicada en el *Journal Officiel* del 15 de septiembre de 1988, en la que se afirma que cualquier negativa o rechazo de la ejecución de una resolución de la jurisdicción administrativa, o una ejecución incompleta o incorrecta, son frenos al Estado de derecho. También se les recuerda que esta conducta es incluso onerosa para el gobierno, pues lo obliga a pagar intereses y multas coercitivas.

c. *Organización del sistema de tribunales administrativos*

La jurisdicción administrativa francesa se conforma de la siguiente forma:

a') El órgano máximo de la jurisdicción administrativa es el Consejo de Estado;

b') En un sitio intermedio, entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de primera instancia, se ubican las Cortes Administrativas de Apelación, de reciente creación, que heredaron un amplio sector de la competencia que anteriormente pertenecía al Consejo de Estado;

c') En la parte más baja encontramos a los tribunales administrativos de primera instancia creados en 1953, en sustitución de los antiguos Consejos de Prefectura; y

d') También existen algunos tribunales administrativos especiales como de la Corte de Cuentas (el más antiguo y quizá el más conocido).

d. *Influencia del modelo francés*

Este sistema ha sido adoptado por una serie de países que cuentan con una institución similar al Consejo de Estado francés. No obstante ello, el modelo francés “puro”, en el que un mismo órgano realiza una actividad de juez administrativo y al mismo tiempo ejerce atribuciones de tipo consultivo, es seguido por un número más reducido de Estados.

Los países en los que el Consejo de Estado, o su institución equivalente, tiene doble competencia, como en Francia, son: En Europa occidental, los países del Benelux (Bélgica, Luxemburgo y Holanda) e Italia (este último es quizá el más próximo al modelo original), Grecia y Turquía. En África, Egipto y Líbano. En América Latina, el país que más se acerca a este modelo es Colombia.

F. EL MODELO ALEMÁN

En Alemania existe una jurisdicción administrativa especializada y separada de las juris-

²³ Cfr: Alvarez Gendín, Sabino, Teoría y práctica de lo contencioso-administrativo, Barcelona, Bosch, 1960, p. 32.

dicciones ordinarias; jurisdicción administrativa que, sin embargo no cuenta con funciones de carácter consultivo.²³

En opinión de Michel Fromont el arquetipo alemán constituye la síntesis entre los sistemas francés e inglés: “al primero le toma la unidad del poder judicial, mientras que del segundo toma el ejemplo de la especialización de los jueces en materia administrativa”. Se trata, pues, de la instalación de una jerarquía de jurisdicciones administrativas especializadas al interior de un sistema jurisdiccional único.

a. *Aspectos Históricos*

El origen del sistema alemán puede ser situado en la segunda mitad del siglo XIX: en Badén, una ley del 15 de octubre de 1863 creó una Suprema Corte Administrativa. Este ejemplo fue imitado por Prusia con la creación, en 1875, de un Tribunal Superior Administrativo acompañado por un conjunto de tribunales administrativos. La tendencia fue continuada por Wurttemberg en 1876 y por Baviera en 1878. Ya en el presente siglo, la Constitución de Weimar había previsto la creación de una Suprema Corte administrativa. Aunque fueron presentados varios proyectos de ley, esta jurisdicción nunca fue instituida.

La Ley Fundamental de 1949 creó un poder judicial unitario que cuenta con cinco órdenes jurisdiccionales entre las cuales existe una jurisdicción administrativa: esta última fue creada por una Ley del 13 de septiembre de 1952. Finalmente, una ley del 2 de enero de 1960 codificó y reorganizó el procedimiento que se sigue ante las jurisdicciones administrativas.²⁴

b. *Organización del sistema jurisdiccional*

a') *El conjunto de tribunales.* Este comprende varias ramas. En el nivel más alto se encuentra la Corte Constitucional Federal, que se encarga de velar por el respeto de la Ley fundamental y de los derechos humanos, por parte de los poderes públicos.²⁵

En un nivel inferior se encuentran los cinco órdenes de jurisdicciones: la jurisdicción ordinaria (civil y penal), la jurisdicción del trabajo, la jurisdicción social y la jurisdicción financiera.

b') *Estructura de los tribunales administrativos.* Trátase de un sistema dividido en tres grados: el Tribunal Administrativo Federal (BundesVerwaltungsgericht) se ubica en la cima y se integra por un Presidente y cincuenta Presidentes de Sala y Consejeros.

24 Cfr: Bachoff, Otto, “La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana”, RAP, Madrid, nº 25, p.297.

25 Cfr: Queneudec, “Les systèmes juridictionnels, approche comparée”, Le contrôle juridictionnel de l’administration. Bilan critique, París, Económica, 1991, *op. cit.*, pp.15 y ss, “Las jurisdicciones administrativas están sometidas al control de una Corte Suprema única que, a través de una Sala especializada en la materia, garantiza una relativa unidad”.

Es un tribunal de casación para los asuntos concernientes al derecho federal; también posee una competencia en primer y último grado respecto de un cierto número de casos. Además, desde 1967 la Cámara disciplinaria federal ha sido incluida dentro del Tribunal Administrativo Federal.

En el nivel intermedio, se localizan los Tribunales Administrativos Superiores que son las jurisdicciones de Apelación y que se integran con un presidente, con consejeros y con asesores populares.

Finalmente, en la base de la estructura, se sitúan los tribunales administrativos, que son los jueces de derecho común en materia administrativa y que se integran de la misma forma que los Tribunales Superiores Administrativos.

c') *Personal de los tribunales administrativos*

Fuera de los asesores populares, estas jurisdicciones se componen de magistrados que gozan de un estatuto que garantiza su inamovilidad y su independencia. Las jurisdicciones alemanas se integran en un conjunto único): y se componen por magistrados que gozan del mismo estatuto.

Los miembros del Tribunal Federal son designados por una comisión electoral presidida por el Ministro del interior e integrada por 22 miembros designados por mitad por el Bundestag y por los ministros que presiden los diferentes Lander. Estos son designados por el Presidente de la República a propuesta del Ministerio del Interior.

d') *Influencia del modelo alemán: Polonia*

En Polonia existe una organización de los tribunales administrativos inspirada del modelo alemán de jurisdicción administrativa. Así, existe una Corte Suprema administrativa, instituida por la Ley del 31 de enero de 1980, y cuya competencia ha sido fijada según el sistema de enumeración de materias que realiza el Código de procedimientos administrativos.²⁶

La Corte tiene su sede en Varsovia, pero en lo futuro podrá compartir parte de sus atribuciones con algunos órganos distribuidos en las provincias. En este sentido, se encuentra prevista la creación de varias Cortes regionales en cinco ciudades: Gdansk, Katowice, Cracovia, Poznan y Wroclaw.

Las decisiones de la Suprema Corte Administrativa pueden ser impugnadas ante la Suprema Corte de Justicia de Polonia, mediante el recurso de “revisión extraordinaria”, aunque la legitimación para interponer, este recurso se encuentra restringida al Ministro de la Justicia, al Primer Presidente de la Suprema Corte y al Procurador General. La única causal para interpo-

²⁶ Cfr: Loptka, A, “La haute Cour administrative en Pologne”, Droit contemporain, París, 1980, pp. 131 y ss.

nerlo consiste en que el contenido de la decisión sea manifiestamente ilegal o contrario a los intereses de la República de Polonia.

G. BALANCE DE LOS SISTEMAS

Veamos algunos de los rasgos que caracterizan cada uno de los dos grandes sistemas: el judicialista y el de dualidad de jurisdicciones.²⁷

a. *Ventajas e inconvenientes de la unidad de jurisdicción*

a') La competencia general del juez judicial presenta como principal ventaja la simplicidad. Por otra parte, no existen conflictos de competencia salvo aquellos que se presentan en todo proceso ordinario.

b') Los jueces del orden judicial se encuentran protegidos por las garantías de independencia y además se encuentran bien preparados.

c') Sin embargo, el más grave inconveniente del sistema unitario radica en su elevado costo, en el arcaísmo y en la lentitud del procedimiento.

b. *Ventajas e inconvenientes de la dualidad de jurisdicción*

a') La especialización del juez administrativo es un punto a considerar, pues en todo el mundo, la legislación es cada día más compleja y obliga a los jueces a especializarse en una serie de materias jurídicas cuya amplitud y complejidad son crecientes.

b') El contacto permanente con la administración permite juzgar los actos de la administración de manera más justa. En caso de que los jueces no tengan esa vinculación puede provocar que le otorguen un amplio margen de libertad o, por lo contrario, que le impongan limitaciones que resulten insoportables.

c') El procedimiento ante los jueces administrativos es más simple, más barato y más rápido que el procedimiento Judicial.

d') Se invoca casi siempre la garantía de independencia de la que goza el juez Judicial con respecto al juez administrativo; sin embargo, esta garantía también puede ser otorgada a los jueces administrativos, inclusive, regularla en textos demasiado rígidos. De esta manera, estos jueces poseen una independencia similar a la de los miembros del Consejo de Estado francés.

c. *El acercamiento entre los sistemas*

Fuera del señalamiento de ciertos rasgos típicos de los modelos originales, en la actua-

27 Cfr: Puget, Henry, *Institutions administratives étrangères*, París, Dalloz, 1969, pp.182 y ss.

lidad ambos sistemas se han ido aproximando, a partir de la incorporación de nuevos elementos en cada uno de ellos.

En el sistema unitario, el juez judicial no es competente para conocer ciertos litigios en los que la Administración es parte. A la inversa, en el sistema dualista, el juez administrativo no posee en su esfera de competencia la totalidad del contencioso administrativo, parte del cual ha permanecido en las manos del juez judicial u ordinario.

Otro elemento a considerar consiste en la creación, en los países que practican la unidad de jurisdicción, de jurisdicciones administrativas especializadas en virtud de la abundancia y la especificidad técnica de los litigios administrativos.²⁸

Por otra parte, las jurisdicciones administrativas de los sistemas de tipo francés han sido dotadas, paulatinamente, de garantías similares a aquellas de las que gozan los tribunales del orden Judicial. Paralelamente, en algunos países dichas jurisdicciones administrativas han sido integradas al sistema judicial mediante el recurso de apelación (por ejemplo en Inglaterra, normalmente sobre cuestiones de derecho) o mediante la casación (prevista respecto de las resoluciones de las altas jurisdicciones administrativas en Italia y en Bélgica).

H. LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA EN AMÉRICA LATINA

Los países de América Latina, aunque poseen sistemas jurídicos pertenecientes a la familia romano-germánica, no han dado una solución uniforme al tratamiento del contencioso administrativo. Algunos países se inclinaron hacia la solución francesa de dualidad de jurisdicción y atribuyeron a un Consejo de Estado el ejercicio de la jurisdicción administrativa: Panamá, Ecuador y Colombia (este último ha sido el más fiel al modelo francés).

Otros países como la Argentina, adoptaron modelos próximos al sistema dualista de jurisdicción administrativa, pero al paso de los años se fueron separando del modelo francés.

Otro grupo de naciones se orientó hacia soluciones mixtas; es decir que en estos sistemas, se distribuye el conjunto del contencioso administrativo entre la competencia del juez administrativo y aquella del juez judicial ordinario (Venezuela y Uruguay). En fin, en otros países de la región (Brasil, Chile y Perú -y México hasta antes de 1936-), la solución de los litigios entre la administración y los particulares forma parte de la competencia de la jurisdicción ordinaria, de modo tal que los jueces del Poder Judicial controlan la legalidad de los actos administrativos.

La elección del sistema judicialista por parte de los Estados latinoamericanos es una consecuencia de la influencia ejercida por los Estados Unidos, particularmente sobre los aspectos

²⁸ Cfr. Fromont, Michel, *op. cit. supra*, p. 51.

del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos. En este esquema la separación de poderes ha sido interpretada en beneficio de la autoridad Judicial.

Para resumir, en América Latina existen tres soluciones para el tratamiento de la justicia administrativa: la francesa, la americana y una intermedia o mixta. Por otra parte, aún cuando se han asociado a alguno de los tres modelos de jurisdicción (unitaria, dualista y mixta) los Estados de la región han creado instrumentos jurisdiccionales “propios” para la protección de los derechos de los administrados. En este sentido podemos citar el Juicio de Amparo mexicano y el Mandado de Segurança del derecho brasileño, que también permiten el examen de la legalidad de los actos administrativos, de modo tal que ambos procesos pueden ser utilizados para enjuiciar los actos administrativos con miras a su anulación.

Podemos concluir que a nivel mundial existe un acercamiento entre los modelos radicales de organización de la jurisdicción administrativa. Por una parte, existe una “judicialización” de los procedimientos contenciosos seguidos ante los tribunales administrativos que existen en los sistemas de dualidad de jurisdicción (como por ejemplo, la adopción del Référé, en materia administrativa por parte de la Ley Francesa de 1987). Por otra parte, podemos señalar que existe una tendencia hacia la “flexibilización” del modelo de jurisdicción unitaria; ejemplo de lo anterior lo constituye la instauración de “tribunales administrativos” y de una moderada especialización en el contencioso administrativo al interior de las Cortes Supremas.

En general, también se aprecia una tendencia hacia la desconcentración de los tribunales administrativos y al fortalecimiento de los mecanismos procesales de control de la actividad administrativa.

Por otra parte, y haciendo a un lado los esquemas teóricos, podemos concluir que la gran mayoría de los países han adoptado fórmulas intermedias entre el sistema de unidad de jurisdicción y el de dualidad de jurisdicciones. Incluso aún en Francia, el juez ordinario conoce de algunos litigios administrativos; y en los países anglosajones, particularmente en Inglaterra, se ha ido desarrollando paulatinamente la jurisdicción administrativa especializada.

Aunque la jurisdicción administrativa pueda tener diversas modalidades de organización, ella afronta dos dificultades comunes a todos los sistemas: el rezago de los asuntos y la dificultad de ejecutar las sentencias de condena de la administración pública, que representan obstáculos para tutelar los derechos de los justiciables.

**LA JURISDICCIÓN NACIONAL
E INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA.
LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REGIÓN.
INTEGRACIÓN JURISDICCIONAL. DERECHO TRANSNACIONAL.
DERECHO COMUNITARIO. PAPEL DE LOS JUECES.**

Enrique Vescovi^(*)

SUMARIO: 1. Los objetivos de este trabajo. 2. Historia de la evolución del Derecho Internacional privado y del Derecho transnacional en Latinoamérica. 2.1. Antecedentes. La evolución del Derecho Internacional privado en América. 2.1.1 Congreso y Tratados de Montevideo, 1989. 2.1.2 Código de Bustamante. 1928. 2.1.3 Tratados de Montevideo de 1940. 2.2 Labor de la O.E.A. La declaración Americana de Derechos Humanos, el pacto de San José de Costa Rica. 2.3. La labor de la O.E.A. Las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado. (C.I.D.I.P.). Generalidades. Un nuevo enfoque en el camino hacia el derecho comunitario americano 2.3.1 CIDIP I. Panamá 1975. 2.3.2 CIDIP II Montevideo, 1979. 2.3.3 CIDIP III La Paz, 1984. 2.3.4 CIDIP IV Montevideo, 1989. 2.3.5 CIDIP V México, 1994. 3. Los diversos organismos de integración en América, en general, en Latinoamérica y en el Cono sur. 3.1 Diversos organismos 3.2 Los organismos jurisdiccionales 4. La normativa jurídica del Mercosur. La solución de las Controversias dentro de dicho ámbito el papel de los jueces comunitarios. 4.1 La normativa del Mercosur. 4.2 Los órganos del Mercosur. La estructura jurídica para la resolución de conflictos en el Mercosur. 4.3 La solución de las controversias en el Mercosur. 4.4 La creación de un Tribunal Supranacional. 5. Tribunales Internacionales y el Juez Comunitario.

^(*) Miembro del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Presidente de la Escuela de Derecho Comunitario y del Mercosur.

1. LOS OBJETIVOS DE ESTE TRABAJO

El primer objetivo esencial, sin duda, de este trabajo es el de homenajear al profesor y jurista Héctor Fix-Zamudio, por su incansable labor en la defensa de la primacía del Derecho, en especial en la salvaguardia de los Derechos Humanos en el mundo y en la región. Así como su preocupación constante no sólo en la labor jurisdiccional de dicha primacía desde la Corte Interamericana del Pacto de San José de Costa Rica, sino en la preparación de los Jueces nacionales en esa tarea. Tema sobre el que ya hace muchos años presentara una Ponencia a las 2as. Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. (México D.F., 1962).¹

De toda esa interesante labor queremos destacar, desde nuestro ángulo uruguayo e integrantes de una región (Mercosur) el nuevo papel de los jueces, incluidos los nacionales muchos de los cuales ignoran su rol, las transformaciones que se producen en esta tan importante labor jurisdiccional cada día que pasa. Para la cual, antes que nadie, los jueces deben estar preparados y conscientes de su inserción en una nueva realidad transnacional.

2. HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DEL DERECHO TRANSNACIONAL EN LATINOAMÉRICA

2.1 *Antecedentes. La evolución del Derecho Internacional privado en América*

Bajo un título similar estudiábamos, hace casi 10 años la evolución del Derecho comunitario en América, destacando la importancia y temprana evolución de las instituciones americanas en el siglo pasado en este sentido.²

Allí destacábamos la tarea emprendida, en ese sentido, por Latinoamérica primero (ya a partir de fines del siglo XIX), desde más de un polo de desarrollo y por toda América luego, por impulso de la Organización de Estados americanos (O.E.A.) desde mediados de este siglo. Anticipándose, en muchas soluciones de Derecho transnacional y comunitario, a la evolución Europea que luego, sin duda, sobrepasara a nuestro novel continente.

Así y recalcando la influencia del jurista (y diplomático) italiano Mancini, señalábamos la realización de los Congresos de Lima, para países del Norte de nuestra Latinoamérica (en 1877) y de Montevideo (en 1889), donde se redactaron sendos e importantes Tratados que importaban una codificación, muy avanzada para la época, de Derecho internacional privado.

¹ Ponencia sobre la designación y selección de jueces. 1er. Congreso Mexicano de Derecho Procesal 1962.

² ENRIQUE VESCOVI y EDUARDO VESCOVI. "Hacia la integración institucional del Derecho Internacional privado y comunitario en Latinoamérica". Rev. (arg.) *LA LEY* Buenos Aires 1987. Diario del 8 de diciembre de 1987.

En la reunión de Lima (recalcamos la fecha: 1877) organizada por el Gobierno del Perú, concurren varios países de la región (Argentina, Chile, Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Venezuela, además del anfitrión, Perú), se suscribe un Tratado de sesenta artículos con el fin de establecer reglas uniformes en materia civil, jurisdicción penal, ejecución de sentencias y legalizaciones. El Tratado no llegó a entrar en vigencia. Trasuntaba la influencia manciniana, predominando el criterio de la nacionalidad en materia de resolución de la mayoría de los conflictos.

2.1.1 *Congreso y Tratados de Montevideo, 1889*

Más eficacia tuvo, en cambio, la reunión de Montevideo, a instancias y bajo la sabia conducción del jurista uruguayo Gonzalo Ramírez, con la presencia de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, que culmina con la firma de ocho tratados. A saber: de derecho civil, comercial, procesal, penal, propiedad artística y literaria, patentes de invención, marcas de comercio y de fábrica.

Hablamos de mayor eficacia porque este Tratado tuvo un número importante de ratificaciones. Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay lo ratificaron en su totalidad, Colombia solo en parte (recordamos que estos Tratados fueron revisados en 1940 pero aún siguen vigentes entre países que no ratificaron estos últimos por lo cual se aplican las normas de los de 1889).

2.1.2 *Código de Bustamante, 1928*

También señalábamos en ese trabajo (*infra* nota no.1) la elaboración del *Código Bustamante (1928)*, un completo y verdadero Código sobre el tema (de 437 artículos) como un trabajo realizado en las Conferencias Panamericanas, (a partir de la de Washington de 1889), donde se comienza a trabajar (formándose inclusive a ese fin una Comisión de Juristas) en la unificación del Derecho en América. El Código, proyectado, inicialmente, por el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante, era un instrumento completo que fuera, inclusive, aprobado y ratificado por algunos países. Se componía de un título preliminar y cuatro libros: de derecho civil, mercantil, penal y procesal. Aún cuando la mayor dificultad para su vigencia, consistía en la disputa entre la aplicación de la ley de la nacionalidad y el principio de territorialidad que ya empezaba a imponerse en América.

2.1.3 *Tratados de Montevideo de 1940*

En el año de 1940 se revisan los Tratados de Montevideo de 1889 en nuestra misma ciudad, en 1939, en una reunión convocada por los gobiernos de Argentina y Uruguay.

Los trabajos se llevaron a cabo en dos etapas de diferentes reuniones. En 1939 el congreso aprobó Convenciones sobre asilo y refugio político, propiedad intelectual y ejercicio de profesiones liberales. En 1940, en el segundo Congreso, se aprobaron cinco Tratados más: navegación comercial, derecho comercial terrestre, derecho civil, derecho procesal y derecho penal. Estos Tratados fueron ratificados totalmente por Paraguay y Uruguay y, en su casi totali-

dad, por Argentina. Sin duda, pese a la falta de otras ratificaciones (algunas muy parciales otras no realizadas) constituyeron un importante paso en el progreso del derecho internacional privado y comunitario entre nuestros países, como una etapa más de su constante progreso.

2.2 *Labor de la O.E.A. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. El pacto de San José de Costa Rica*

En este subcapítulo haremos una breve mención a la defensa de los Derechos Humanos por la O.E.A. y al Tribunal de Costa Rica, en especial dada la participación, en estos últimos tiempos, de Héctor Fix en estos acontecimientos. Sobre todo su presencia en la Corte Interamericana que ha presidido por mucho tiempo.

La defensa de los Derechos Humanos por la OEA comienza, prácticamente desde su nacimiento y la creación de una Corte Interamericana para su defensa se puede vislumbrar en nuestro Continente, desde 1907, donde funciona la *Corte de Justicia Centroamericana*.

No podemos olvidar, porque nuestros Estados tomaron parte en dichos emprendimientos, que luego de la primera Guerra Mundial la Sociedad de Naciones crea un organismo de Justicia y Defensa de los derechos que fuera la *Corte Permanente de Justicia Internacional de la Haya* que comienza en 1923 y luego es reemplazada, en 1945, por un órgano similar, la *Corte Internacional de Justicia*.

Cabe reiterar que en nuestro continente se produce un proceso de internacionalización y defensa de los *Derechos Humanos*, que culmina en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Aprobada en *Bogotá en 1948*. De indudable trascendencia y que no queda allí sino que constituye la base de la posterior evolución.

Resulta conveniente señalar que esta Declaración precede, aunque sea en un breve lapso, la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada (también en 1948) por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

A sus efectos cabe recordar que la *Reunión de Consulta (Santiago de Chile, 1959)* en su *Declaración de Santiago de Chile*, encomendó la elaboración de un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, que se concreta en *San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969*.

Estamos en presencia de un modelo que configura lo que Mauro Cappelletti y Héctor

3 M. Cappelletti. *Acceso a la Justicia* (Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica (Traduc. J.C. Hitters). Jurispr. Argent. 1951 p. 2. H. Fix-Zamudio. "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso". Ponencia a las IXas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Madrid, 1985, p.4, 11 y Ss. También en: *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*. México 1986. UNAM. p. 3/46.

Vide, asimismo: *Tutela procesal de las libertades fundamentales*. Fundación Jus. La Plata. Argentina. Reseña de trabajos del Encuentro sobre el tema de San Carlos de Bariloche 7/10 de diciembre de 1987. Coordinador: Augusto Mario Morello.

Fix-Zamudio, llaman *Jurisdicción Internacional de las Libertades*.³

El *Pacto de San José de Costa Rica*, prevé dos órganos, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* y la Comisión. Fue aprobada, como dijimos en 1969 pero no entra en vigor hasta 1978 (julio) en que se producen las once ratificaciones mínimas que preveía, a ese efecto, el art. 74 del Pacto de San José.

La Comisión constituye un cuerpo intermedio, consultivo, que asesora, recomienda, recibe denuncias, intenta la conciliación y si ésta no fuere posible aparece facultada para girar los Antecedentes al Tribunal jurisdiccional, esto es, a la Corte Interamericana. Esta, a su vez, tiene potestades consultivas (de interpretación) que han tenido prioridad en su actividad hasta ahora y jurisdiccionales.

Creemos que resulta de fundamental interés destacar esta tan trascendente labor que realiza la OEA en la defensa y protección de los Derechos Humanos en sus Estados miembros.

No obstante no es la única.

2.3 *La labor de la O.E.A. Las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado. (C.I.D.I.P.)*
Generalidades. Un nuevo enfoque en el camino hacia el derecho comunitario americano.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, aprobada en Bogotá, en 1948, creó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos (art. 67) y el comité Jurídico Interamericano (art. 68), y dispuso que se “reanudara” la Codificación del Derecho interamericano (art. 67).

La trascendencia de estas decisiones deriva del marco jurídico en el que se encuadran, toda la América desde Canadá hasta Argentina. Es decir se encara la codificación de todo un continente.

Hubo varios proyectos e intentos para realizar reuniones en pos de esa Codificación pero luego de vistas las dificultades para armonizar diferentes sistemas se optó por una mecánica menos ambiciosa: la de procurar llegar a acuerdos sobre temas particulares y puntuales, fraccionando las reuniones para que estas trataran, por una vez, no más de tres o cuatro temas y así sucesivamente.

Este espíritu es el que ha predominado en esta nueva fase de la evolución de nuestro Derecho Internacional Privado y Comunitario americano, cuyo inicio puede ubicarse en la resolución 48/971, de la OEA que convoca la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado: Cidip I, Panamá 1975.

2.3.1. *CIDIP I. Panamá 1975*

El enfoque limitado de esta reunión, a la que asistieron casi todos los países americanos, fue referente al Derecho comercial y la cooperación judicial internacional.

Se aprobaron seis convenciones: en materia comercial, sobre letras de cambio, pagarés y facturas, cheques y arbitraje internacional; en materia de cooperación judicial sobre exhortos y cartas rogatorias y recepción de prueba en el extranjero. Y una convención sobre el régimen de poderes, para ser utilizados en el extranjero. Las ratificaciones han llegado a un mínimo de diez países por tema y el número crece año a año. Y lo esencial es que la cooperación ha comenzado a funcionar efectivamente en el amplio marco americano.

2.3.2. CIDIP II. Montevideo, 1979

Con el mismo criterio, más pragmático, se desarrolla esta segunda reunión. En ella se aprueban dos convenciones en materia comercial, sobre cheques y sociedades mercantiles, tres en materia procesal, sobre medidas cautelares, eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros y un Protocolo Adicional, sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, del aprobado en Panamá, en 1975. Finalmente, y cabe destacarlo por ser el Primer Tratado internacional a nivel mundial sobre el tema, se aprueba una Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

2.3.3. CIDIP III. La Paz, 1984

En esta reunión se aprueba una Convención sobre ejecución de sentencia extranjera confirmando la competencia, para disponer las medidas, en general, del Juez que dictó el fallo.

Se aprueba un protocolo adicional a la Convención sobre Prueba de la CIDIP I. Y también se suscriben otras dos Convenciones, sobre adopción internacional y personas jurídicas.

Finalmente se tratan otros temas, sobre los que no hay acuerdo pero se estudian formas para lograrlo y se programa una IV reunión sin fijar el lugar ni la fecha. La que finalmente se realiza en Montevideo, en 1989, en celebración de los cien años de los Tratados de 1889, cuya importancia se reconoce unánimemente.

2.3.4. CIDIP IV. MONTEVIDEO, 1989

La cuarta Conferencia de CIDIP se reúne en Montevideo en 1989, y se aprueban en ella tres Convenciones: dos en materia de Derecho de Familia, como lo son la de alimentos y la de Restitución Internacional de Menores, y una de comercial, como lo es la Convención de Transporte Internacional. Se aprueba también en esta Conferencia un conjunto de Bases en materia de contratación internacional, que servirán de sustento a la Convención de Contratación Internacional, que se aprobara en 1994 en México, en ocasión de la CIDIP V.

2.3.5 CIDIP V. MÉXICO, 1994

En 1994, en la Ciudad de México, se reúne la V Conferencia de CIDIP. Las Conferencias, por razones presupuestarias y de calendario, se hacen cada vez más breves, pero cada vez concurren más países, las negociaciones se hacen más dificultosas, a pesar de que los temas a tratarse son frecuentemente precedidos por reuniones de expertos que realizan trabajos preparatorios y preparan proyectos de convenciones.

En la CIDIP V de México se aprueban dos Convenciones muy importantes: una de contratación internacional y otra referente al tráfico de menores.

3. LOS DIVERSOS ORGANISMOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA, EN GENERAL, EN LATINOAMÉRICA Y EN EL CONO SUR

3.1. Diversos organismos

Es indudable que las ideas de integración, conformando un gran Estado en Sudamérica, en paralelo a los Estados Unidos de Norte América, estuvo desde la Independencia impulsado por nuestros máximos héroes: Bolívar, San Martín, Artigas, etc.

La concepción de Bolívar tomó forma a través de un proyecto concreto y, a partir de allí, los esfuerzos por una integración, por la que aparece signada nuestra época contemporánea, han aparecido una y otra vez y se han concretado a través de organismos muy diversos con diferente contenido en cuanto a los países se refiere.

En esta evolución, un tanto inorgánica pero muy pujante y cada vez más, aparece, como es natural primero la integración en materia económica y social, tratando de favorecer el intercambio de bienes (y servicios) y personas, o de crear uniones aduaneras, zonas de libre comercio, organismos multilaterales de diverso tipo, económico, social, financiero, etc. Para culminar por una integración cultural y jurídica, sin lo cual, como señalamos más adelante, no es posible concebir una verdadera integración que funcione eficazmente. Por lo cual la presencia del *Derecho comunitario* y de los *órganos jurisdiccionales que este necesita para existir*, va avanzando a pasos lentos pero seguros.

Como queremos demostrarlo a través de este trabajo.

América, nuestra Latinoamérica, no podía estar al margen de los diferentes pasos en materia de integración que aparecen en otras regiones del mundo. Que tienen su culminación en la actual Unión Europea, que nos sirve de modelo, sobre la base de los conocidos antecedentes a partir del Tratado de Roma de 1950 de donde nace la Comunidad Económica Europea (C.E.E.).

En ese sentido y luego de otros intentos, nace la *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (A.L.A.L.C.)* cuyo Tratado se firma en Montevideo en 1960, con una importante cantidad de países por la que se crea una *zona de libre comercio* con desgravación de productos en-

tre sus miembros en forma anual y progresiva. La institución se reforma en 1980 convirtiéndose en la *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (A.L.A.D.I.)*, con alcances más vastos, participación de nuevos países y la declaración de que la Asociación no impide, sino favorece, los acuerdos entre sus distintos países miembros, favoreciendo así los tratados bilaterales (o tri-laterales...) como los celebrados, en su seno, entre Argentina, Brasil y Uruguay. Dicha Asociación, como la C.E.E. tiene su Comité permanente y su sede en Montevideo. Subsiste y sigue en todo su vigor a pesar de los Tratados regionales creando otros mercados comunes. Como el de Centro América y el Caribe (COMECOM), la propia comunidad del Caribe (CARICOM), el pacto del Grupo Andino, el NAFTA, el MERCOSUR, etc. Como mercados comunes o zonas de libre comercio o supresión progresiva de barreras aduaneras... También hay uniones en el área económico financiera, como el SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO (SELA), la presencia del BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID), etc. Recientemente ha tomado impulso la idea de la creación de una unión económica (zona) que abarque a todo el Continente Americano (A.L.C.A.).

Es importante destacar que alrededor de estos organismos, más que nada basados en superar barreras aduaneras y alcanzar acuerdos comerciales, nacen instituciones jurídicas que queremos destacar como base de este trabajo.

3.2 *Los organismos jurisdiccionales*

En este trabajo en homenaje al Presidente de la Corte Interamericana queremos destacar, en este punto, la existencia de algunos *tribunales de justicia de nuestra región*.

Para ello mencionaremos solo dos, el *Tribunal del Pacto Andino* y la *Corte Centroamericana de Justicia*.

En cuanto al *Tribunal del Pacto Andino*, es la Corte de Justicia organizada por los países del Pacífico que forman parte de dicho pacto, como zona de integración económica, a los efectos de la resolución de los conflictos.

Luego de diversas vicisitudes en este momento (Abril de 1998) se reciben informaciones de que ha comenzado a funcionar con cierta regularidad habiendo dictado ya las primeras sentencias.

En Centroamérica, la finalización de la guerra fría, diversos esfuerzos pero bien orientados, como las iniciativas de Contadora (estados latinoamericanos de fuera del istmo), de Esquipulas (presidentes de Centroamérica) y la cooperación de las Naciones Unidas, llevaron lentamente a la finalización de los diversos conflictos, el último de los cuales, el de Guatemala, terminó con la firma del acuerdo de paz, entre el gobierno y la guerrilla, el 29 de diciembre de 1996.

Conjuntamente con los citados esfuerzos por la paz y la democracia en Centroamérica, los gobiernos del istmo han relanzado firmemente el proceso de integración. El 13 de diciem-

bre de 1991, se firmó el Protocolo de Tegucigalpa, de reformas a la Carta de Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), que crea el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Más recientemente, en este año, los presidentes de Centroamérica han anunciado la iniciación de un proceso de creación de la Unión Centroamericana, que se propone incorporar la integración económica en una más amplia con elementos de unidad política. Si ello avanzara positivamente, podría, tal vez, concretarse al comienzo del próximo milenio, el “anhelo permanente de los Estados del Istmo Centroamericano que se les reconozca como una sola nación, que permita a sus pobladores la plena realización de la justicia, la seguridad jurídica y el bien común” (exposición de motivos del proyecto de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, actualmente en proceso de ratificación por los estados).

El Protocolo de Tegucigalpa, en su artículo 12, enumera entre los órganos del SICA, a: “La Corte Centroamericana de Justicia, que garantizará el respeto del derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo. La integración, funcionamiento y atribuciones de la Corte Centroamericana de Justicia deberán regularse en el Estatuto de la misma, el cual deberá ser negociado y suscrito por los Estados Miembros dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del presente Protocolo”. Y, en el artículo 35, establece: “Toda controversia sobre la aplicación o interpretación de las disposiciones contenidas en el presente Protocolo (y sus instrumentos complementarios y derivados) deberá someterse a la Corte Centroamericana de Justicia”.

En la creación de la Corte Centroamericana tuvieron mucha importancia los trabajos de los poderes judiciales del istmo que, desde 1989, están unidos en el Consejo Judicial Centroamericano. El protocolo de Tegucigalpa, en su artículo 3 transitorio, dio a este Consejo las funciones de la Corte Centroamericana de Justicia “en tanto no esté integrada la Corte”.

El 10 de diciembre de 1992, los presidentes de las repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá y los presidentes de las cortes supremas de los mismos estados, suscribieron el Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia. Este último tratado ya ha sido ratificado por El Salvador, Honduras y Nicaragua. Aún no se han convertido en partes los restantes tres países miembros del SICA. Y, en el futuro también podrá ser ratificado por Belice, cuya adhesión al Sistema de Integración quedó abierta en el protocolo de Tegucigalpa (artículo 36).

Estos países que tienen su propio Mercado Común (Caricom) han de tener su Tribunal de Justicia.

4. LA NORMATIVA JURÍDICA DEL MERCOSUR. LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS DENTRO DE DICHO ÁMBITO. EL PAPEL DE LOS JUECES COMUNITARIOS

4.1. La normativa del Mercosur

El Mercosur es una comunidad de muy reciente creación que todavía no se ha desarro-

llado lo suficiente, sobre todo comparada con el modelo de lo que es hoy la Unión Europea, con más de cuarenta años de iniciada.

Es sabido que todo comienza cuando, en 1988 se firma un Tratado de Integración y Desarrollo entre Argentina y Brasil. A raíz de lo cual reacciona Uruguay, que se da cuenta que no puede quedar fuera de esta área y, arrastrando a Paraguay logran, con el beneplácito de las naciones más grandes, que se formalice la *Declaración de Brasilia de 1o. de Agosto de 1990*. En la que se manifiesta la intención de formar el *Mercosur*, lo que se concreta en el *Tratado de Asunción*, la carta formativa de dicha integración.

Dicho *Tratado* se suscribe en *Asunción* el 26 de Marzo de 1991. Fue muy rápidamente ratificado legislativamente por los cuatro países, lo que demuestra la voluntad existente, y *entró en vigor* para los cuatro signatarios el 29.11.91.

A partir de allí se sucedieron múltiples reuniones y se firman diversos acuerdos, pero los instrumentos complementarios de mayor interés lo constituyen el *Protocolo de Brasilia de 1993* y el *de Ouro Preto de 1995*.

El *Tratado de Asunción*, además de ser reciente, ni siquiera crea la Unión Aduanera, sino que establece un compromiso de crearla, aunque en forma parcial. (Por lo que ciertos autores lo consideran un *Tratado provisorio o preliminar*). En efecto, lo que se crea es un *proceso hacia el Mercosur* al disponer el *Tratado* en su art. 1o.: “*Los Estados partes deciden constituir un Mercado Común que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994*”.

No obstante tiene un perfil economista y tendiente a fortalecer el *proceso de integración*. Así el último apartado del art. 1o. establece: “*el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento de los procesos de integración*”.

En la reunión de Brasilia, el 7/12/94, se aprueba, a su vez, un *Protocolo sobre medidas cautelares*.⁴

4.2 *Los órganos del Mercosur. La estructura jurídica para la resolución de conflictos en el Mercosur*

Debemos ahora realizar una breve reseña sobre la estructura de los diversos órganos del Mercosur apuntando al tema de la resolución de conflictos, que es uno de los más intrincados del nuevo sistema.

4 La existencia de este Protocolo tiene la particularidad de interferir, de alguna manera, en las Convenciones de la CIDIP, pues entre ellas existe una, como lo hemos señalado en la reseña efectuada, sobre el mismo tema. Quizá el ideal hubiera sido propiciar que los países del Mercosur que aún no han aprobado dichas Convenciones de Derecho Internacional Privado de carácter americano, lo hagan y no aprobar otras convenciones similares. Que, en todo caso significarán algún problema adicional para los *jueces del Mercosur*, dado que un mismo tema puede regirse por dos *Tratados* ratificados por el mismo país.

Los diferentes órganos y sus principales funciones, en este enfoque sintético serían los que analizamos a continuación.

A) *El Consejo del Mercado Común*, es el órgano superior que ejerce la conducción política del proceso y la toma de decisiones. Está integrado por *los Ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados Partes*.

B) *El Grupo Mercado Común es el Cuerpo Ejecutivo* compuesto de cuatro miembros de los respectivos Estados donde deben existir obligatoriamente, representantes de los *Ministerios de Economía y Bancos Centrales*.

C) *La Comisión de comercio del Mercosur*, que asiste al anterior y tiene la competencia de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial acordados por los Estados Partes y revisar los temas relacionados con las políticas comerciales comunes y el comercio con otras regiones. El protocolo de Ouro Preto le asigna la función de ocuparse de las reclamaciones relacionadas con dichas políticas.

D) *La Comisión Parlamentaria Conjunta*, entidad representativa de los parlamentos designados por los cuerpos legislativos de los cuatro países. Busca armonizar las leyes domésticas para la finalidad unificadora estudiada.

E) *El Foro Consultivo Económico y Social*, formado por representantes de los *sectores económicos y sociales*.

F) *La Secretaría Administrativa*.

En realidad solo tienen potestades decisorias el Consejo, el Grupo y la Comisión de Comercio, dentro de sus competencias.

4.3 *La solución de las controversias en el Mercosur*

El Mercosur plantea una serie de importantes cuestiones jurídicas.⁵

En lo relativo a la solución de controversias debemos admitir dos cosas que parecen esenciales a esta altura. La primera es que *la mayoría de las controversias han tenido una solución política* que demuestra claramente la voluntad de los cuatro países integrantes. La segunda es que los mecanismos jurídicos no son muy perfectos, pasan fundamentalmente por el con-

5 H. Gros Espiell. "El Tratado de Asunción". Conferencia dictada en el Centro de Estudios Empresariales. Montevideo, 1991, publicada en un folleto de dicho Instituto. Luego en diversas revistas internacionales, con ampliaciones, "Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea". También, J.C. Viterbori, "Solución de controversias en el sistema del Mercosur", *La Ley*, 1995-A, sec. doct., p. 719. Y más recientemente: Enrique y Eduardo Vescovi. "Hacia un Derecho comunitario en el Mercosur", *Rev. Urug. Der. Proc.*, 1996, p. 737 y A. Kemelmajer de Carlucci, "Nuevamente sobre el Juez comunitario", *La Ley*, Año LXI, no. 131, Diario del 11.7.97.

sensu y terminan, en último caso, en un arbitraje ad-hoc. Faltando un Tribunal Supranacional que perfeccione el sistema.

Ahora bien, veamos cuáles son esos mecanismos.

A) En las *controversias entre los Estados*, sobre aplicación o interpretación de los Tratados, o decisiones de los órganos ya referidos, existe la posibilidad de:

- a) *negociaciones directas,*
- b) *intervención del Grupo Mercado Común, que solo termina en recomendaciones, y*
- c) *procedimiento arbitral.*

B) en las *controversias o reclamos de los particulares con los Estados*, también se puede recurrir:

- a) *a la sección nacional del Grupo Mercado Común,*
- b) *el segundo paso es la adopción de medidas correctivas por el Estado parte y,*
- c) *el procedimiento arbitral.*

C) En las *controversias entre particulares entre sí*, no existe un procedimiento previsto y deben regularse por las normas de *Derecho internacional privado*, salvo que se haya pactado (en el contrato, por ejemplo) *algún método alternativo*. Respecto de los cuales las *Cámaras de Comercio* o de Arbitraje de los diversos países se han mostrado muy activas.

4.4 *La creación de un Tribunal Supranacional*

Es indudable que, estrictamente, *no tenemos en el ámbito del Mercosur un Derecho comunitario*. Puesto que técnicamente, como enseñan nuestros internacionalistas, desde Eduardo Jiménez de Aréchaga en adelante, solo aparece el Derecho comunitario cuando existan dichos órganos supranacionales capaces de emanar normas, interpretarlas y aplicarlas como tales reglas jurídicas (entre otras con su elemento coercitivo característico).

Mientras tanto solo tenemos un Derecho internacional, tanto público como privado. Y el sistema emanado de los Acuerdos entre los Estados Partes, inclusive creando los organismos referidos, se ubica dentro del Derecho Internacional. Desde luego que el Tratado internacional puede crear, por medio de un Tratado multilateral organizativo y generalmente abierto, la referida supranacionalidad. Es recién, entonces, que estos Tratados y sus normas se independizan del Derecho internacional público y pasan a constituir partes del Derecho comunitario.

Que es a lo que aspiramos para el Mercosur.

A través, sobre todo de la creación de un Tribunal de *Justicia Supranacional* o un *órga-*

no que haga sus veces. (Como pudiera ser, según se ha propuesto, la reunión de los Presidentes de Cortes con esa función).

Siempre recordamos, por otra parte, que el ilustre y recordado procesalista y sociólogo *Mauro Cappelletti* decía que una Comunidad integrada con diversos aspectos comunes, no es completa si no tiene un Derecho supranacional y un Tribunal superior e independiente de los Estados, que interprete y aplique ese Derecho. (Es decir que sus miembros no actúen en representación y mandados por sus Estados, sino en forma independiente).

La resistencia a tales órganos en defensa de una noción de soberanía que pudiera ser restringida, es un concepto ya superado no sólo por la doctrina sino, también, por la propia realidad jurídica en las más modernas constituciones (como la alemana de 1949, la de Francia de 1958, España, 1978, Holanda, 1983 y, aunque en menor medida, por las de Argentina y Paraguay de 1994).

En realidad dicen los diversos especialistas⁶ que se está frente a *un nuevo concepto de soberanía que responde a la divisibilidad de la misma*. Se trataría de una soberanía compartida, según la cual la atribución de las distintas competencias entre el Estado y la Comunidad permiten a esta ejercer cierta porción (diremos gráficamente, porque no es un concepto cuantitativo sino cualitativo). Entonces, más que privar de competencias, se priva del ejercicio de ciertas funciones.⁷

Los tribunales de Justicia aparecen, entonces, como complemento indispensable de la referida comunidad, de donde emanarán sentencias y se formará una jurisprudencia que, como sabemos constituye importante fuente del Derecho.⁸

Y, como nos enseñaran los miembros de la comunidad Europea, en especial en Asunción,⁹ recalando que, en *la CEE la creación prematura del Tribunal Supranacional (Luxemburgo)*, que inclusive impedía el acceso de Gran Bretaña, *constituyó un fuerte incentivo a favor*

6 Ver, ampliamente, J.V. Louis. *El ordenamiento jurídico comunitario*, 5a. ed., Luxemburgo, Bruselas, 1993, espec. cap. I, págs. 15 a 21.

7 Así lo explica Louis (*El ordenamiento... cit.*, p. 21): “cuando el Tratado atribuye una competencia concurrente (con la U.E.) a los Estados miembros, ... En tanto que la Unión no ejerce tales competencias, los Estados miembros conservan el derecho de legislar. En la medida y límites que la Unión la ejerce, la competencia nacional se halla correlativamente limitada y las eventuales leyes nacionales son reemplazadas por una ley de la Unión” (Parlamento europeo, Inf. sobre el anteproy. del Tratado que instituye la Unión Europea, parte c, doc. preparatorios, 16.7.83. Doc. C. pág. 167).

8 J. V. Louis *ob. cit.* También (citado por Louis): Isaak G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, 1991, p. 111; Vallée Ch. *Le droit des Communautés européennes. Que sais-je?* No. 2067, París, 1983, Dagtoglou P.D., *Naturaleza de la Comunidad Europea, en treinta años de Derecho comunitario*, Bruselas, 1982, p. 42.

Vide, asimismo, F. Capotorti y otros. *Du Droit international aux Droit de l'intégration*, Baden-Baden, 1987.

9 Congreso de la Unión Europea y del Mercosur. Papel de los órganos jurisdiccionales en los procesos de integración (Asunción, Paraguay, 2 y 3 de Abril de 1997).

10 En el citado libro de J. V. Louis se destaca la relevancia y casi nota indispensable que asume en la

de la Comunidad. En esa especie de *tráfico de ida y vuelta*, y cómo la jurisprudencia del propio Tribunal constituyó una importante fuente para el Derecho comunitario.¹⁰

Digamos por último, que pese a ciertas resistencias, existe, en general, no solo a nivel académico, sino también político, salvo excepciones, una fuerte opinión que va avanzando en la creación de dicho Tribunal Supranacional. Así se pudo palpar en el último Seminario de Ouro Preto sobre Derecho Comunitario,¹¹ así como en el de Foz de Iguazú.¹²

En dicho Seminario de Ouro Preto, pese a que durante las sesiones algún representante de la Cancillería brasileña se oponía, en la última sesión y por unanimidad se aprobó una Declaración que resulta muy alentadora y positiva en la línea que preconizamos.¹³

5. TRIBUNALES INTERNACIONALES Y EL JUEZ COMUNITARIO

Ya hemos destacado el papel de los Tribunales Internacionales, como la Corte de Costa

Comunidad Europea la creación del Tribunal Supranacional. Hecho que nos fuera destacado en el último seminario de Ouro Preto, sobre Derecho Comunitario, organizado por Jurisul con asistencia de los Presidentes de cortes del Mercosur, por representantes y miembros de dicho Tribunal. Relatando que la primera oposición de Gran Bretaña a participar en la CEE partió de la existencia de dicho Tribunal supranacional, no obstante lo cual se le mantuvo. (En dicho seminario, justamente, la opinión ampliamente mayoritaria de los juristas se inclinó por aconsejar dicha creación en el Mercosur, con la sola oposición de la voz oficial de Brasil que, en general, sostuvo que esa decisión debía postergarse y ensalzó las ventajas del complejo sistema de arbitraje para la solución de los conflictos. (Infra nota No. 13).

11 Seminario de Ouro Preto (Brasil) del 20 al 22 de Setiembre de 1996.

12 Congreso de Derecho Comunitario del 25 al 27 de Abril de 1997.

13 *Carta de Ouro Preto*:

“Los participantes del I Congreso Internacional de Derecho Comunitario, reunidos en Ouro Preto - Minas Gerais, República Federativa de Brasil, a los veintidós días del mes de Setiembre de mil novecientos noventa y seis; por iniciativa de la Escuela Nacional de la Magistratura del Brasil y del Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos sobre el Mercosur - Jurisul, *considerando* la necesidad de profundizar la integración regional en el Mercosur, en atención, por un lado, a los buenos resultados obtenidos y, por otro, a las carencias comprobadas y señaladas en este Congreso; y, *atento*:

1) A que el proceso de integración del Mercado Común del Sur, como en las demás otras regiones ha comenzado por factores económicos y ha sido orientado hacia el intercambio de bienes y servicios y al logro de una Unión Aduanera;

2) A que, sin perjuicio de ello, y como forma de consolidar y regular los movimientos del área cultural, social y económica corresponda tender hacia la integración cultural y en ese campo se hace indispensable el desarrollo del Derecho Comunitario;

3) A las recomendaciones emanadas de los Encuentros de Cortes Supremas de Justicia del Cono Sur y, sin perjuicio de la utilización de medios pacíficos y de auto composición en la resolución de las controversias;

RESUELVEN RECOMENDAR:

I - La adecuación de las normas constitucionales de los Estados Miembros a fin de que se asegure la supremacía del Derecho Comunitario.

II - La incorporación al Tratado de Asunción de una prescripción expresa que consagre la regla de la supremacía del Derecho Comunitario por sobre los Derechos Nacionales.

III - La aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias por los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales.

IV - La creación e instalación de una Corte de Justicia Supranacional para la aplicación, interpretación y unificación jurisprudencial del Derecho Comunitario.

Rica, sobre todo la lucha por el imperio del Derecho y la defensa de los derechos humanos. Aquí, queremos concluir con el papel de los jueces. El común Juez civil o comercial, o contencioso administrativo, etc. de nuestros países debe conocer esta evolución, estas tendencias, esta normativa para la aplicación en su diario quehacer. En efecto y fuera de los Tratados de Derecho internacional privado vigentes, que debe aplicar muy a menudo, existen estas normas internacionales que pueden ser utilizadas para la deducción de muy diversas pretensiones por nacionales de los países. Sin perjuicio de que, en cualquier momento pueden ser llamados a aplicar normas realmente comunitarias que, esperamos, resulten de creación inminente.

También el abogado comunitario, el jurista en general, deben conocer la nueva realidad actual y la del futuro inmediato.

Es lo que hemos querido resaltar en este estudio en homenaje al amigo, maestro Héctor Fix-Zamudio.

LOS CRÍMENES INTERNACIONALES ANTE LAS CORTES PENALES INTERNACIONALES Y DE DERECHOS HUMANOS

Francisco Villagrán Kramer^(*)

Si bien en muchos países funcionan eficazmente los sistemas de protección de los derechos humanos y la labor de las Comisiones de Derechos Humanos y de las Cortes europea e interamericana de derechos humanos contribuyen a ello, cabe reconocer que, aún cuando, lentamente, también se progresa en ello en otros países, de manera que cada vez es mayor el número de personas que, ante las violaciones a sus derechos fundamentales encuentran alivio o amparo, o que presencian la instauración y conclusión de los procesos que se instruyen contra los responsables de esas violaciones.

El panorama, sin embargo, no es igual tratándose de los conflictos armados internacionales e internos, toda vez que, a la par que en ellos aumentan las violaciones a los derechos humanos, también se registran graves y masivas violaciones al Derecho Internacional Humanitario que suelen quedar sin sanción y las víctimas sin protección de las instituciones internacionales humanitarias.

Al examinarse esas situaciones se repara que los derechos humanos están protegidos por el derecho interno y por el Derecho Internacional.¹ En cambio, el Derecho I. Humanitario -general y convencional- que establece un marco de protección legal en beneficio de combatientes y ex combatientes, incluyendo prisioneros de guerra y poblaciones civiles carece de similares instituciones y mecanismos que aseguren en todos los casos su efectiva aplicación. Sobre todo, en materia de sanciones. Ello, desde luego, no implica que el papel del Consejo de Seguridad,

(*) Guatemalteco, Dr. Juris Universidad de Ginebra, ex miembro del Comité Jurídico Interamericano y de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

¹ En ausencia de tratados los Estados deben respetar los derechos humanos fundamentales establecidos por el Derecho Internacional general. Corte Internacional de Justicia, Recueil des Arrêts Avis Consultatifs et Ord. 1986 p. 134.

el de las potencias previsto en el D. I. Humanitario y el del Comité Internacional de la Cruz Roja sea superfluo, sino que los mecanismos existentes son insuficientes para asegurar, en todos los casos, la protección establecida.

De allí que, en homenaje al Maestro Fix-Zamudio examinemos los distintos regímenes internacionales en materia de crímenes internacionales y si, los tribunales de derechos humanos pueden conocer o no de las violaciones cometidas, no por los individuos, sino por los Estados, al D. I. Humanitario.

I. EL PARALELISMO DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El análisis paralelo de ambos sistemas pone de relieve que es el derecho interno el que establece las sanciones aplicables a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos, mientras que el Estado, de serle atribuible la violación o el incumplimiento de una obligación internacional -por ejemplo, por denegación de justicia o violación de garantías judiciales- es responsable internacionalmente² por lo que puede ser compelido, mediante contramedidas o represalias o por un tribunal internacional, incluyendo de derechos humanos, a reparar los daños causados.

En cuanto a las violaciones al D. I. Humanitario la responsabilidad de las personas es no sólo penal e individual, sino que pueden deducirla los tribunales nacionales y los tribunales penales internacionales establecidos tanto en forma *ad hoc* por el Consejo de Seguridad, como de manera permanente por la comunidad internacional. En cuanto a las violaciones atribuibles a los Estados, a la par que su responsabilidad es estrictamente internacional, sólo puede ser establecida ora por el Consejo de Seguridad, ora por la Corte Internacional de Justicia y por tribunales arbitrales con el consentimiento del Estado infractor y, de establecerse que los tribunales de derechos humanos pueden ejercer en esos casos jurisdicción para efectos reparatorios, también por estos últimos. Examinaremos, pues, en primer término, la competencia del Consejo de Seguridad en este campo.

1. *La competencia del Consejo de Seguridad*

El capítulo VII de la Carta prescribe que al ocurrir amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión el Consejo de Seguridad es competente para imponerle sanciones al Estado responsable de ellas, pudiendo crear, además, tribunales penales *ad hoc* para juzgar a

² Véase Piza Rocafort, R. "Responsabilidad internacional del Estado y Derechos Humanos", San José, C.R. 1988; Cohen- Jonathan G. "Responsabilité pour atteinte aux Droit de l'Homme" en la "Responsabilité dans le systeme international" Colloque du Mans, París, Pedone, 1991; Aguiar, A. "La Responsabilidad Internacional del Estado por violación de los derechos humanos", Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R. No. 17, 1993 y Villagrán Kramer, F. "Sanciones internacionales por violaciones a los derechos humanos", Guatemala, 1995.

los individuos por crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad cometidos en el curso de esos actos o situaciones. Fue así como, en el caso de la invasión de Kuwait por Iraq, a la par que el Consejo obligó a Iraq a reparar los daños materiales y morales causados a las personas físicas y morales -e, incluso, al Estado víctima de tales hechos- también le impuso sanciones o *medidas* a Iraq de conformidad con el Capítulo VII de la Carta.³ En cuanto a crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, el establecimiento de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda ilustran el punto.

Pese a ello existe una área débil, puesto que la comunidad internacional carece de una estructura judicial permanente que imponga las sanciones penales que corresponde en el caso de crímenes internacionales, por lo que esta atribución, en razón del *desdoblamiento funcional*, aún corresponde individualmente a los Estados y, siempre, desde luego, en casos específicos previamente calificados por el Consejo como amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, el Consejo puede crear tribunales penales *ad hoc*. La limitante es la inacción del Consejo cuando a su criterio el conflicto armado internacional o interno no pone en peligro la paz mundial o por el veto de uno de los miembros permanentes del Consejo. De allí la necesidad de contar con un tribunal penal permanente para juzgar dichos crímenes.

2. *La competencia de los tribunales internacionales*

La distinción que existe en Derecho Internacional entre los hechos ilícitos en general y los crímenes internacionales, incluyendo las violaciones al Derecho I. Humanitario y, entre medidas aflictivas y medidas reparatorias, permite apreciar que la responsabilidad internacional del Estado, -sea esta simple o agravada-, aparte de los casos previstos en el Capítulo VII de la Carta, sólo puede ser reconocida por el Estado infractor o deducida por un órgano internacional con competencia para ello. De esta manera la puede establecer, ya la C.I.J., un tribunal arbitral o si existe estricta base legal y no política para ejercer jurisdicción, un tribunal internacional de derechos humanos. La base legal puede ser el derecho aplicable y el carácter reparatorio de la jurisdicción.

II. INTERRELACIÓN E INTERPENETRACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DE DERECHOS HUMANOS

La posibilidad que examinamos obedece a que los tratados que establecen los tribunales internacionales de derechos humanos les permiten aplicar *otros tratados* de la misma naturaleza o que estén estrechamente interrelacionados con ellos. Desde luego, surgen valladares doctrinarios y normativos y el papel que en materia de crímenes contra el Derecho Internacional y en particular, de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, desempeña la sanción penal. De allí la utilidad de esclarecer la naturaleza y los alcances de la relación que pueda existir entre el Derecho I. Humanitario y el Derecho I. de los Derechos Humanos.

3 V. *The United Nations and the Iraq-Kuwait conflict, 1990-1996*, U.N., Nueva York, 1996.

De inmediato traemos a cuenta que algunas violaciones a los derechos humanos también pueden conllevar, como los crímenes internacionales, la responsabilidad penal de sus autores, por lo que los tribunales nacionales y los tribunales penales internacionales pueden ejercer jurisdicción e imponer las sanciones previstas en la legislación nacional o, en el tratado que establece el tribunal penal internacional, sujetos, desde luego, al principio de legalidad *nullum crimen sine poena lege*. En cambio, los tribunales internacionales de D. Humanos no pueden aplicar, conforme a sus tratados constitutivos, sanciones penales a los responsables de crímenes internacionales ni por violaciones a los derechos humanos, incluso, cuando los crímenes conllevan violación de derechos humanos fundamentales.

También es útil tener presente que los Estados pueden decidir, en ejercicio de su soberanía, si determinadas violaciones a su ley, incluyendo graves violaciones a los derechos humanos, no deben ser punibles. Ello, sin embargo, tiene límites, toda vez que en virtud del Derecho Internacional general están obligados a sancionar los llamados *crímenes contra el Derecho de Gentes* - tortura, piratería, tráfico de esclavos, trata de blancas, etc.⁴ así como, verse limitados al ser parte en tratados internacionales que establecen nuevos delitos o, introduzcan nuevos elementos, como acontece actualmente⁵ y, cuyo juzgamiento puede ser de competencia universal; es decir, tanto de los tribunales nacionales como de tribunales penales internacionales. El caso lo ilustran las convenciones que originalmente establecieron como crímenes, el genocidio y el *apartheid*.

Por otra parte está el sistema de D. I. Humanitario establecido en las convenciones de La Haya de 1899 y 1907; en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg que precisó crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad y en las convenciones de Ginebra de la década de los años veinte y de 1949, junto a sus Protocolos especiales de 1977, que señalan el carácter internacional de los crímenes identificados y que acarrearán la responsabilidad penal de sus autores. Agregaremos que dentro de ese esquema legal están las regulaciones sobre *conflictos armados internos* que establecen el deber de los Estados de sancionar penalmente los actos que en ellos se prohíben o que tipifican crímenes internacionales, y que, además, crean obligaciones para los Estados y para las organizaciones y partidos que participan abierta o encubiertamente en ellos. De esta suerte, a la par de las prohibiciones que las personas individuales y los grupos y movimientos armados deben observar y cuya violación conlleva sanción penal, también están las obligaciones y compromisos que los Estados partes en esos conflictos deben, por su parte cumplir.

Por consiguiente, la diferencia entre lo que por una parte constituye crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad y, por la otra, el incumplimiento o violación de compromisos y

4 V. *Oppenheim's International Law*, 7ª ed. Londres, 1952 pp. 557; Bassiouni Ch. "International Criminal Law", Alphen, 1980 y Quoc Dinh, Dailler, y Pellet, "Droit International Public", 4 ed. Paris, 1992, pp. 613 y sigs.

5 Por ejemplo, la convención sobre el tráfico internacional de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.

obligaciones por parte de los Estados es lo que determina, en un caso, el carácter penal e individual de la responsabilidad y, en los otros, la naturaleza internacional de la responsabilidad en que incurren los Estados. En tal virtud, es pertinente precisar la naturaleza y los alcances de esa interrelación, sin olvidar que según sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia pronunciada el 29 de julio de 1998 en el caso *Velásquez Rodríguez*:

la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones (Serie C N. 4 párrafo 134).

Al analizar la interrelación normativa cabe suponer que, sin duda, fue apreciada con anterioridad cuando se planteó por el Secretario General de la ONU establecer, conforme a la Resolución No. 780 del Consejo de Seguridad un Comité Especial de Expertos a fin de examinar y determinar el carácter de los hechos que ocurrieron en la ex Yugoslavia a partir de 1991, y que condujeron en 1993 al establecimiento por el Consejo de Seguridad del tribunal penal internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia y, subsiguientemente, en 1994, del tribunal penal internacional *ad hoc* para Rwanda.⁶ Así mismo, que el planteamiento es anterior a cuando la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 1992 se abocó por mandato de la Asamblea General a formular el proyecto de estatuto de la Corte Penal Internacional.⁷

Lo traemos a cuenta a fin de recordar las circunstancias en las que el Consejo de Seguridad creó esos tribunales *ad hoc* - toda vez que en esos momentos no existían tribunales de derechos humanos que hubieren podido conocer de las violaciones al D. I. Humanitario cometidas en esos países y más aún, que la jurisdicción territorial de las dos cortes de D. H. es restringida a lo regional, lo que sin duda también se tuvo presente en la Asamblea General al aprobar

6 Resolución No. 808, UN Doc. S-Res 808. 1993. Así mismo la Nota del Secretario General al Presidente del Consejo de Seguridad- S 1994, 674 del 27 de mayo 1994., Basiouni Ch. Y Manikas P “The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, Transnational Pub. Inc. 1995, Morris V. y Scharf M. “An insiders guide to the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, 1995. En cuanto al tribunal de Rwanda, la Resolución No 935, UN. Doc. S. Res. 935, 1994, y UN.C. de S. Res 595 y Johnson, L. “ The International Tribunal for Rwanda”, 67. *Revue Internationale du Droit Penal*, No 21.

7 V. A.G.(A 49-355) lo. de septiembre de 1994, y el Informe de la CDI a la Asamblea General de 1994, así como el resumen por temas de los debates realizados en la Sexta Comisión de la A.G. en su cuadragésimo noveno período de sesiones preparado por la Secretaría. A-CN-4-646 add.1. 22 feb. 1995. Así mismo, Del Lujan Flores, María “La Corte Penal Internacional- Utopía o Realidad”; Molina, Bruna, “The Establishment of an International Criminal Tribunal” y, Pellet, Allain, “Le Projet de Statut de la Cour Criminelle Internationale Permanente. Vers la fin de l’Impunité” en: *Héctor Gros Espiell -Amicorum Liber-* Bruylant, Bruxelles, 1997 y los estudios sobre la Corte en el *American Journal of International Law*-1992-1997.

la celebración de una Conferencia Diplomática a fin de establecer un tribunal penal internacional permanente basado en el proyecto de la C.D.I. revisado luego por el Comité Especial establecido por la Asamblea General y, por la Comisión Preparatoria de dicha Conferencia.⁸

Podría inferirse que la hipótesis que examinamos la motiva la ausencia de tribunales penales internacionales que conozcan de las violaciones por los Estados al Derecho de La Haya y al Derecho de Ginebra⁹ y al hecho que con frecuencia ocurren conflictos armados internacionales e internos - como en Asia, en Vietnam, Laos y Camboya, o actualmente en Afganistán y en Sri Lanka; en Europa, en la ex Yugoslavia y en algunas repúblicas la ex Unión Soviética; en el continente Africano y, en América Latina -las llamadas *guerras sucias* en Argentina, Chile, y Uruguay- y las guerras civiles o conflictos armados internos en Colombia, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Perú y el conflicto interno en Chiapas -México- que puede cobrar categoría de conflicto armado interno de reconocerle ese carácter el gobierno de México y el llamado Movimiento Zapatista. Como puede apreciarse, el punto es importante.

1. *La doctrina de la interrelación entre sistemas*

Según la distinguida jurista estadounidense, Cristina Cerna, existe interrelación entre ambos sistemas lo que permite que las organizaciones regionales intergubernamentales de D. H.,- la Europea y la Inter Americana-, apliquen, a la par del Derecho Internacional de los D. H., el D. I. Humanitario y para ello identifica, “*específicamente, las Convenciones de Ginebra de 1949 o los principios generales derivados de estas convenciones, a sus Estados miembros en situaciones de conflictos armados*”. Luego sostiene, que al extenderse progresivamente la clase de personas protegidas por esas reglas -inicialmente soldados heridos en los frentes de batalla, las víctimas de guerra en el mar y los prisioneros de guerra y, por último, los civiles- las convenciones de Ginebra de 1949 comenzaron a abarcar y entrelazarse con los esquemas emergentes de protección de los derechos humanos, siendo preocupación central, en ambos esquemas, la de los individuos. Por otra parte añade que hasta 1968 parecía que existían dos regímenes paralelos: el de los Derechos Humanos que se aplica en tiempos de paz y el Derecho Humanitario que se aplica en tiempos de guerra, paralelismo que se diluye al entrar en vigor, primero, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y su Protocolo de 1976; luego, los Protocolos de 1977 a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 y, finalmente, al esclarecerse que en casos de conflictos armados internos no sólo es aplicable el Derecho de Ginebra sino también, el Derecho Internacional general y determinados principios generales del Derecho. Las cláusulas derogatorias de las convenciones de derechos humanos en situaciones y casos de emergencia precisamente proveen -según sostiene la colega Cerna- “*una ventana de oportunidad para la aplicación de las normas de derechos humanos durante períodos de conflictos armados internos*”.¹⁰

8 *Supra* No. 7 e, Informe del Comité Especial sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, A.G. Suplemento No 22 (A 50-22) y el Informe de la Comisión Preparatoria para el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional, N.U. Doc. A 5- 22. y el Volumen II. N.U. 1997.

9 Bajo esos términos se identifican y agrupan las convenciones adoptadas en la Haya en 1899 y 1907 y en Ginebra en 1926, 1949 y 1977.

10 V. “Human Rights in armed conflicts; implementation of international humanitarian law norms by

El caso es que, para algunos juristas únicamente existe *relación* mientras que, para otros existe *interrelación* normativa entre los esquemas legales de D.H y de D.I. Humanitario, por lo que a estas alturas del desarrollo del Derecho Internacional ambos sistemas no son independientes entre sí, ya que el paralelismo que pudo existir ha comenzado a desaparecer o, en todo caso, a diluirse. Entre otros juristas, Gros Espiell, Patnógic, Jacovljevi, Meron, Hampson y Sommaruga por un lado,¹¹ y Pérez González, Piriz Ballon y Cançado Trindade por el otro,¹² han establecido y analizado con autoridad esa interrelación.

Por su lado, la C.D.I., el Grupo de Expertos designado por el Secretario General para el establecimiento del Tribunal Penal de la ex Yugoslavia y el propio Tribunal Internacional Penal de la ex Yugoslavia, han puesto de manifiesto el papel que en el Derecho Penal Internacional desempeñan el Derecho Internacional general y los principios generales del Derecho cuando, del encausamiento criminal de quienes cometen crímenes internacionales en el curso de conflictos internacionales o durante los conflictos armados internos se trata. Por consiguiente, debe determinarse si, conforme al Derecho Internacional y a la luz de la jurisprudencia internacional, esa interrelación permite tanto el ejercicio de jurisdicción por un tribunal de derechos humanos como la aplicación de uno y otro sistema.

2. *La interrelación normativa en la jurisprudencia*

En el conocido *dictum* en el caso de la Barcelona Traction la C.I.J. puntualizó la distinción que existe entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas otras que nacen *vis a vis* de otro Estado, incluyendo la naturaleza erga omnes de ciertas obligaciones internacionales. De allí que traigamos a cuenta que según la Corte ;

Esas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo de la proscripción de actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial (Recueil 1970 p. 32).

regional intergovernmental human rights bodies”, en Kalshoven Y Sandoz -eds- “Implementation of International Humanitarian Law” 1989.

11 Gros Espiell, H. “Les Droit de l’Homme et le droit international humanitaire”; Patnógic, J. “Les droits de l’homme et le droit international humanitaire;” Jacovljevic B., “Les droit de l’Homme dans le droit international humanitaire”; Meron, Th. “La Protection de la personne humaine dans le cadre du droit relatif aux droits de l’homme et du droit humanitaire”; Hampson, F. “Les droit de l’homme et le droit humanitaire international: deux modalités ou les deux faces de la même médaille” Y, Sommaruga. C. “Droit de l’homme et droit international humanitaire”, en *Centre pour les droits del’homme*. Geneve, Bulletin des Droits de l’Homme 91, O.N.U. New.York., 1992.

12 Pérez González, M. “Consideraciones sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, con especial referencia a su aplicación en el orden interno”, Piriz Ballon, R “El Derecho Internacional Humanitario y la protección de la persona humana en los conflictos armados no internacionales. Hacia nuevas formas de aplicación de sus principios y normas”. Así mismo, Patnógic, “Evolution of Humanitarian International Law after the end of the cold war- some reflections”, en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber, supra* No 9, y el estudio del Juez Cançado Trindade A.A. en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 16, 1992. pp. 39-74.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos examinando cuales tratados se encuentran dentro y cuales fuera del ámbito de su competencia consultiva, según quienes sean partes a dichos tratados, y el origen de los convenios, incluyendo los tratados regionales y extra regionales que los órganos regionales de derechos humanos pueden aplicar, sostuvo en su Opinión Consultiva del 24 de septiembre de 1982 que:

excluir *a priori* de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen a Estados Americanos en materias concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el art 29.

El propósito de la integración del sistema regional con el universal se advierte, igualmente, en la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perfectamente ajustada al objeto y fin de la Convención, de la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y del Estatuto de la Comisión. En varias ocasiones y en sus informes y resoluciones, la Comisión ha invocado correctamente “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” con prescindencia de su carácter bilateral o multilateral o de que se hayan adoptado o no dentro del marco y bajo los auspicios del sistema interamericano.

Luego agregó que esa práctica

pone en evidencia un interés de los propios Estados en poder recurrir a la Corte a fin de obtener una opinión consultiva, sobre un tratado concerniente a la protección de los derechos humanos, del cual sea parte, pero que haya sido adoptado fuera del marco del sistema interamericano. En efecto podría ocurrir que la Comisión interpretara que, un tratado del mencionado género, deba aplicarse en un sentido determinado y que esa interpretación no sea compartida por el Estado afectado, el cual podría encontrar en la competencia que atribuye a esta Corte el artículo 64 de la Convención, un medio para hacer valer sus puntos de vista.¹³

Si bien la Corte situó la dualidad normativa en el marco de la integración del sistema regional con el universal, no debe perderse de vista que se refirió específicamente a *tratados de protección de derechos humanos* - lo que, *per se*, restringe el ámbito de aplicación de dichas reglas. Pero, así mismo, abordó lo relativo a *otros tratados* adoptados tanto dentro del sistema regional interamericano como en otros sistemas regionales y desde luego, a nivel mundial. Ello cobra importancia desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aun cuando debe tenerse presente si esos *otros tratados*, cuya aplicación se considera importante, prevén su interpretación por determinado órgano internacional, distinto a dichas Cortes, debiéndose en tal caso respetar la interpretación que ese otro órgano hubiere dado a la o las dis-

13 Serie A. Fallos y Opiniones, No 1. Opinión Consultiva OC-1/1982. pp. 22 y 23.

posiciones de esos otros tratados, así, como, que, en caso de no haberse interpretado la o las disposiciones que interesa invocar, se deberán observar las reglas de interpretación que figuran en dichos tratados.

La dualidad no se plantea en lo abstracto sino en terrenos normativos, por lo que como fenómeno jurídico no es desconocido para los tribunales internacionales. En efecto, trayéndolo a cuenta en el terreno de protección e inmunidades diplomáticas conforme a la convención de Viena y la costumbre internacional, la C.I.J. señaló en 1980 en el caso del *Personal Diplomático y Consular de EE.UU.-Rehenes en Teherán-* (EE.UU. vs Irán) que Irán violaba y continuaba violando tanto las reglas convencionales en vigor entre ambos países como las reglas de Derecho Internacional general (Recueil 1980 p. 44) Luego, al examinar en 1986 el conflicto armado que entonces existía en Nicaragua y las actividades de los llamados “*Contras*” en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* y referirse al Derecho de Ginebra -las cuatro convenciones de Derecho Internacional Humanitario de 1949- y, en concreto al art. 3. común a dichas convenciones y a la circunstancia de que Estados Unidos había hecho reserva expresa en cuanto a la aplicación de dichas convenciones, la Corte puntualizó:

El artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 define ciertas reglas que deben ser aplicadas en los conflictos armados que no presentan carácter internacional. No hay duda que en casos de conflictos armados internacionales, estas reglas constituyen, así mismo, un *mínimum* independiente de aquellas, más elaboradas, que se agregan y aplican en caso de tales conflictos. Se trata de aquellas reglas, que según la Corte llamó en 1949 de “*consideraciones humanitarias*” (Estrecho de Corfú, Fondo, C.I.J. Recueil 1949, p. 22 par. 215.) La Corte puede, entonces aplicarlas en la presente controversia sin tener que pronunciarse sobre el papel que la reserva americana relativa a los tratados multilaterales pudiere de otra manera jugar en relación a las convenciones en cuestión.

El conflicto entre las fuerzas de los *contras* y las del gobierno de Nicaragua es un conflicto armado, que “no tiene carácter internacional”. Los actos de los *contras* frente al gobierno de Nicaragua, están, por consiguiente, regulados por el derecho aplicable a esos conflictos, mientras que los actos de Estados Unidos en y contra Nicaragua caen dentro de la categoría de conflictos internacionales. En razón de que las reglas mínimas aplicables a los conflictos internacionales y no internacionales son idénticas, no hay necesidad de decidir si los actos en cuestión deben ser apreciados dentro del cuadro de las reglas aplicables a una u otra categoría de conflicto. Los principios relevantes deben buscarse en el artículo 3 idénticamente redactado en las cuatro convenciones del 12 de agosto de 1949.

Concluyendo con el tema que analizamos, la Corte expresó;

La Corte considera que los Estados Unidos tienen la obligación, según los términos del artículo primero de las cuatro convenciones de Ginebra, de “respetar” así como de “hacer respetar” estas convenciones “en toda circunstancia” toda vez que tales obligaciones no se derivan solamente de las convenciones mismas, sino de los principios generales del dere-

cho humanitario, de los cuales las convenciones no son sino la expresión concreta. En particular, los Estados Unidos tienen la obligación de no inducir a las personas o a los grupos comprometidos en el conflicto a actuar en violación de disposiciones del artículo 3 de las cuatro convenciones de Ginebra.¹⁴

Se aprecia, entonces, que aparte de la responsabilidad penal que el D. I. Humanitario le asigna a las personas, la Corte tuvo en cuenta las obligaciones que este sistema le impone a los Estados, por lo que la interrelación normativa no es únicamente formal sino, así mismo, puede ser esencial y, también a nivel de obligaciones de y entre Estados. Lo que orienta al respecto es que en ese caso la C.I.J. examinó tanto la aplicación de las reglas del D.I. Humanitario, como las que protegen los D.H. y no lo hizo ejerciendo jurisdicción penal sino para efectos de establecer la responsabilidad internacional del Estado infractor. Se impone, pues, esclarecer y deslindar dentro del marco del D.I. Humanitario lo relacionado con los crímenes internacionales y con la responsabilidad internacional de los Estados.

III. CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL, CRÍMENES INTERNACIONALES Y CRÍMENES DE ESTADO

El concepto *crímenes de derecho internacional* no es preciso, por lo que es útil distinguir entre los crímenes internacionales que, como la piratería o la esclavitud se han considerado tradicionalmente *crímenes contra el Derecho de Gentes* - y que todos los Estados pueden sancionar y *los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, que pueden ser juzgados concurrentemente por tribunales nacionales y tribunales internacionales. Es decir, sujetos al principio de jurisdicción universal.¹⁵

Así mismo, deben distinguirse esos crímenes de las amenazas a la paz, de los quebrantamientos de la paz y los actos de agresión, cuyo conocimiento corresponde exclusivamente al Consejo de Seguridad, teniendo presente, además, la diferencia entre hechos ilícitos (o *delitos*) y los *crímenes internacionales* que, por su gravedad y trascendencia la comunidad internacional en su conjunto considera “crímenes internacionales” y que generan la responsabilidad internacional agravada del Estado autor de ellos y el derecho de los Estados víctimas a reaccionar, ora en forma individual, ora colectivamente.

Esas distinciones permiten deslindar los crímenes internacionales que, según el Derecho Internacional general y convencional acarrear la responsabilidad penal de los individuos y, los crímenes internacionales cuya responsabilidad es internacional e imputable a los Estados, por lo que estos últimos también se conocen como *crímenes de Estado*. La distinción cobró relevancia a raíz que el Consejo de Seguridad aplicara sanciones a Iraq por la invasión a Kuwait y

14 Recueil p. 114.

15 V., C.D.I. Informe a la Asamblea General, 1996 (Doc.up. 10 (A-51-10) p. 49.

q u e
la C.D.I. estableciera en su Proyecto sobre la responsabilidad internacional de los Estados, la distinción entre hechos ilícitos *stricto sensu* -o delitos- y hechos ilícitos que constituyen *crímenes internacionales*.¹⁶

1. *Los crímenes contra el “Derecho de Gentes”*

Fundamentalmente se trata de actos delictivos que todos los Estados pueden juzgar y que, salvo reciente establecimiento en un tratado internacional, tienen carácter consuetudinario. En este sentido, los Estados que nacen a la vida independiente pueden y deben, sin tener que acceder a tratados internacionales, juzgar a los responsables de estos crímenes. Algunos tratados, como, la Convención sobre Alta Mar suscrita en Ginebra el 29 de abril de 1958 -arts 14 a 21 y la III Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar- arts. 100 a 107- afirmaron el derecho de todo Estado en alta mar o en cualquiera otro lugar no sometido a la jurisdicción de otro Estado, de apresarse a los buques o aeronaves piratas y detener a las personas que se encuentren a bordo, pudiendo los tribunales del Estado captor sancionar a los responsables y aplicarles, incluso, la pena de muerte.¹⁷

2. *Los Crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad*

Desde la perspectiva de la jurisdicción penal de los tribunales internacionales, recordaremos que únicamente se han establecido tres tribunales penales internacionales. El de Nuremberg en 1945, el de la ex Yugoslavia en 1993 y el de Rwanda en 1994 y los tres han sido *ad hoc*, estando pendiente de crearse una Corte Penal Internacional permanente.¹⁸ Los últimos dos pueden juzgar y el tribunal permanente por crearse se anticipa que juzgará a los presuntos responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario, por lo que el derecho aplicable es de naturaleza convencional y consuetudinaria, y, conforme a ellos, se tipifican estos crímenes.

2.1. *Tipificación de los crímenes internacionales*

a) *Los Estatutos de Nuremberg y de Tokio*

De inmediato recordamos que teniendo presente las Potencias Aliadas el fallido enjuici-

16 V. *op. cit supra*- No 3; el *Informe de la C.D.I. a la Asamblea General de 1966* sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados, (Doc.10 A 51. 10); 1996 y, Villagrán Kramer F. “La Comisión de Derecho Internacional y la responsabilidad internacional por crímenes internacionales,” *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol VII, 1996-1997.

17 V. Oppenheim *op.cit. supra* No 4 p.565. “Basiouni Ch. “International Criminal Law”, Alphen, 1980. y “Le Droit Penal international: son histoire, son objet, son contenu”, *Revue de Droit Pénal*, 1981 pp 41-82.

18 V. “Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major war criminals of the European Axis Powers and Charter of the International Military Tribunal, aug. 8, 1945. UN Treaty series 279: Taylor T. “The Anatomy of the Nuremberg Trials: A personal memoir”, 1992. Sobre el Tribunal de Tokio: Brackman A. “ The Other Nuremberg. The Untold story of the Tokio war time trails”, 1987. Sobre el Tribunal de la ex Yugoslavia, *supra* nota No 6.

ciamiento criminal del Kaiser Guillermo II previsto en el Tratado de Versalles, acordaron, antes de que concluyera la segunda guerra mundial, establecer en la Carta de Londres o “*Estatuto de Nuremberg*”, la bien conocida trilogía de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, a efectos de que los Tribunales de Nuremberg y de Tokio pudieran procesar a los criminales de guerra. En tal virtud en el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg -que entró en vigor el 8 de agosto de 1945- se precisaron esas tres categorías variando en el Estatuto del Tribunal de Tokio el título de los crímenes de guerra por el de *crímenes de guerra convencionales*. Dentro de los crímenes de guerra quedaron incluidas las violaciones a las leyes y costumbres de guerra codificadas parcialmente en las Convención de La Haya del 29 de julio de 1899, y del 18 de octubre de 1907, así como, en las dos convenciones de Ginebra del 27 de julio de 1927 sobre el mejoramiento de las condiciones de los heridos y enfermos de los ejércitos en acción y el tratamiento de los prisioneros de guerra. En cuanto a los *crímenes de lesa humanidad*, el estatuto contempló:

el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación, u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea competencia del Tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido.

b) *Crímenes según los “Principios de Nuremberg”, el genocidio y el apartheid*

Una vez establecida la ONU y que el Tribunal de Nuremberg condenara a 22 alemanes y el de Tokio a 28 japoneses y que muchos otros fueran juzgados ante tribunales de los países aliados, incluyendo en Nuremberg por E.E. U.U. la ONU, acordó precisar el régimen de los crímenes internacionales. Primero, descartó las críticas que, desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional se hicieron contra los estatutos y fallos de los tribunales de Nuremberg y de Tokio al sostenerse que aplicaron leyes *ex post facto* y que se desnaturalizaron los principios de legalidad *Nullum crimen sine poena lege* y *nullum poena sine lege*.¹⁹ Luego, acordó completar el esquema legal aplicable a los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad estableciendo, incluso, nuevos crímenes internacionales, -genocidio y apartheid-. Finalmente, al estimar que el concepto de guerra había sido proscrita en la Carta lo sustituyó por el de *conflictos armados internacionales e internos*.

De esta manera la Asamblea General adoptó, primero, en 1948, la Convención sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio y, luego, en 1950, previo estudio por la C.D.I. aprobó los “*Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*” conservándose la división tripartita, aún cuando, en el texto

19 V. Scharf M.P. “A Critique of the Yugoslavia war crimes Tribunal,” en *Nouvelles Etudes Pénales*, “The International criminal court -observations and issues before the 1997-1998 preparatory committee and administrative and financial implications”. *Association Internationale de Droit Pénal*, Eres, USA, 1997, pp 260 y s.

castellano se expresa que “*son punibles como delitos internacionales*”.

a) *Delitos contra la paz*: i) planear, preparar, iniciar, o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales.; ii) participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso (i);

b) *Delitos de guerra*: las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o maltrato de 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 injustificable de ciudades villas o aldeas o la devastación no justificada por las necesidades militares;

c) *Delitos contra la Humanidad*: El asesinato, el exterminio, esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o en relación con él.²⁰

c) *Las convenciones de Ginebra de 1949*

En más de un sentido la labor, en unos casos de codificación o precisión y, en otros, de establecer nuevos crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad se simplificó al adoptarse en 1949 las cuatro *Convenciones de Ginebra* en las que figuran los regímenes internacionales a observarse *en casos de guerra declarada o de cualquiera otro conflicto armado* que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. La primera, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; la segunda, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar; la tercera sobre el trato debido a los prisioneros de guerra y, la cuarta, relativa a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra. Así mismo se estableció en el artículo 50 de la primera convención, en el 51 de la segunda, en el 130 de la tercera y en el 147 de la cuarta, la categoría de *violaciones graves* a esas convenciones.

Lo trascendental de estos instrumentos es que en todos ellos es común el artículo tercero que establece reglas a observarse en el curso de *conflictos armados que no sean de índole internacional* por lo que las partes en conflicto tienen la obligación de aplicar, como mínimo, a las

personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las

20 *Anuario de la CDI*, 1950 Vol II, y Resolución No. 177 II de la Asamblea General del 21 Nov. 1947.

fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, en el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

Luego añada, a este respecto que se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente, el homicidio en todas sus formas;
 - b) las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - c) la toma de rehenes;
 - d) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - e) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensable por los pueblos civilizados.
2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto. Además, las partes en conflicto harán lo posible, por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.²¹

- d) *Los dos protocolos a las convenciones de Ginebra de 1949 y los conflictos armados internos*

A continuación, la Asamblea General le encomendó a la C.D.I. la elaboración de un proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, el que la Comisión entregó en 1954 calificándolos (en castellano) como *delitos de derecho internacional* y aún cuando, no los clasificó, si desarrolló los crímenes establecidos en el Estatuto de Nuremberg y en el Principio VI a que antes hicimos relación.²² La Asamblea, consideró que el asunto requería la definición previa de la agresión por lo que postergó la aprobación del Código,²³ renovando hasta en 1981 el mandato de preparar un nuevo proyecto de código, tomando en cuenta los progresos logrados en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional. En el interim, en 1973 se incorporó al listado de crímenes internacionales el *apartheid* y Suiza y el Comité Internacional de

21 Comité Internacional de la Cruz Roja. "Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949" Ginebra, 1986 y " Protocolos Adicionales a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949", 1977.

22 V. *Anuario de la CDI*, 1954, Vol II. N.U. N. Y. 1954.

23 Resolución No 3314 (XXIX) Asamblea General, 14 dic. 1974 y, la *Definición de Agresión* aprobada por la CDI en : N.U. "La Comisión de Derecho Internacional y su Obra", 1989 p. 37 y 38.

la Cruz Roja tuvieron éxito al lograr la adopción en 1977 de dos Protocolos adicionales a los convenios de Ginebra de 1949, con lo que la labor de la C.D.I. se expeditó concluyendo la primera lectura de dicho Código en 1991 y la segunda, en 1996.

Es más, dentro de la realidad de entonces, el primer protocolo completó el esquema legal de protección humanitaria en el curso de los conflictos internacionales e internos; sobre todo cuando, como reza el inciso 4 del art. 1.

los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración de los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Si bien tratándose de conflictos armados internos ese *Principio general* redujo el ámbito de aplicación del protocolo a los conflictos que se mencionan y que, entonces, interesaban a los países que apoyaban los movimientos pro independencia y los llamados “movimientos de liberación” - , el hecho es que en los artículos 11 y 85 se estableció una gama de prohibiciones que son aplicables a todo conflicto armado interno que tenga esa naturaleza. De allí la trascendencia de las prohibiciones establecidas en el art. 11 puesto que completa el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de los convenios de Ginebra y, también, a dicho Protocolo.

Agregaremos que en él se prevén, así mismo, *infracciones graves* a las cuatro convenciones de Ginebra, las que, así mismo, se establecen en relación a dicho protocolo, incluyendo la obligación de los Estados y de las *partes en conflicto* de adoptar las medidas necesarias para hacer cesar todas las demás infracciones de los convenios de Ginebra y de dicho protocolo, al igual que la de prestarse asistencia en lo que concierne a los procesos penales relativos a las infracciones graves de dichos convenios y del protocolo incluyendo, expedir la extradición de los responsables de dichos crímenes.

El preámbulo del segundo protocolo consigna que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental, subrayando la necesidad de garantizar una mejor protección a las víctimas de los conflictos armados que no tienen carácter internacional, por lo que se recuerda que, en los casos no previstos por el derecho vigente, *la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las existencias de la conciencia pública*, estableciendo con ello y con motivo de un conflicto armado interno un esquema de interpenetración entre el Derecho Internacional de los D. Humanos y el D. I. Humanitario, por lo que se incluyeron disposiciones relacionadas con el trato humano, los heridos, enfermos, naufragos y la población civil.

- e) *El proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de la C.D.I.*

Debemos agregar que la labor de codificación y de desarrollo progresivo del Derecho In-

ternacional se expeditó a medida que los Estados ratificaban las convenciones de Ginebra y sus protocolos, permitiéndole a la C.D.I. formular un listado de 22 crímenes, a fin de que los Estados los examinaran e indicaran cuáles, según ellos, habían cobrado naturaleza consuetudinaria -con lo que la labor sería de codificación- y, cuáles otros eran de desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

A la altura de 1991, según la C.D.I. podían considerarse crímenes internacionales la agresión, las amenazas de agresión, la intervención, la dominación colonial y otras formas de dominación extranjeras, el genocidio, apartheid, las violaciones sistemáticas o masivas de los derechos humanos, los crímenes de guerra excepcionalmente graves, el reclutamiento, utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios, el terrorismo internacional, tráfico internacional de estupefacientes y los daños intencionales y graves al medio ambiente.²⁴

Añadiremos que la C.D.I. y algunos Estados no favorecían considerar como *crímenes de lesa humanidad* sino como violaciones sistemáticas o masivas a los derechos humanos, el asesinato, la tortura, el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, la persecución por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales de manera sistemática o masiva y, la deportación o traslado forzoso de poblaciones, por lo que tales actos deberían ser punibles como tales.

Posteriormente y, a fin de concluir la segunda lectura del Código, el distinguido jurista senegalés, Doudou Thiam, Relator Especial del Código, recordando el consejo griego de que *veces hay que la mitad es más que el todo* se inclinó ante la realidad política de que el Código no sería aceptado en la Asamblea General- si no se reducían los crímenes a la agresión, el genocidio, los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado²⁵ por lo que con renuencia de algunos de sus miembros así quedó establecido en el Código.

2.2. *Jurisdicción sobre los crímenes internacionales*

Por lo que concierne a la jurisdicción penal es útil señalar que el estatuto de Nuremberg le sirvió de base a la C.D.I. para formular su proyecto de Estatuto para el Tribunal Penal Internacional y al Secretario Gral. de la ONU para precisar los crímenes que conocerían los tribunales de la ex Yugoslavia y de Rwanda. Ambos, así mismo consultaron los proyectos del jurista

24 C.D.I. *Informe a la Asamblea General de 1991* y Doc. A- 46-405; Así mismo, Rama Montaldo, M. "Acerca de algunos conceptos básicos relativos al derecho penal internacional y a una jurisdicción penal internacional" y Cahier Ph. "Le Projet de Code des Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international", ambos en "El Derecho Internacional en un mundo en transformación". *Liber Amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994 pp. 865 y sigs. .

25 V. C.D.I. *Informe a la Asamblea General*. Cap.II. Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad -Doc. 10 (A 51-10) N.U. N.Y. 1996. La supresión de algunos crímenes en el Código, motivo fuerte discusión entre los miembros de la CDI y tuvo que se aprobada por votación.

egipcio Bassiouni, de *Amnesty International* y de expertos en Derecho Internacional Penal.²⁶ La interacción fue fecunda y, desde luego, no exenta de rivalidades. Lo importante es que al tribunal de la Ex Yugoslavia se le confirió jurisdicción para enjuiciar las:

1. Violaciones graves del derecho internacional humanitario (art. 1)
2. Violaciones graves de los convenios de Ginebra de 1942 (art. 2)
3. Violación de las leyes y usos de guerra; (art. 3)
4. Genocidio; (art. 4); y,
5. Crímenes de lesa humanidad. (art. 5)

En cuanto al tribunal *ad hoc* de Rwanda el C. de Seguridad siguió la pauta establecida en el estatuto del Tribunal de la ex Yugoslavia variando tan solo en lo concerniente a los crímenes de guerra y por lo que a la jurisdicción de proyectada Corte Penal Internacional, la C.D.I. propuso que la ejerciere sobre:

- 1) genocidio; 2) agresión; 3) violaciones graves de las leyes de guerra y usos aplicables en los conflictos armados; 4) crímenes de lesa humanidad; y, 5) los crímenes definidos en las disposiciones de los tratados especificados en un anexo o tipificados en cumplimiento de esas disposiciones y que, habida cuenta de la conducta imputada al presunto autor, constituyen crímenes excepcionalmente graves de trascendencia internacional.²⁷

Por último, una vez en funciones el Tribunal de la ex Yugoslavia resumió en su sentencia en el primer caso fallado el 2 de octubre de 1995 su criterio sobre las características de los crímenes internacionales así;

26 Justo es reconocer el esfuerzo del Presidente del Grupo de Trabajo que formuló en 1993 el proyecto de estatuto de dicha Corte, S.S. el Juez de la CIJ, Dr. Abdul Koroma, quien se empeñó en que se consultaren dichos proyectos, y el valioso material generado en reuniones de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en la Conferencia en Siracusa, 1992, en la reunión del Grupo de Expertos de 1994 en Vancouver, Canada y las propuestas que algunos gobiernos sometieron a consideración del C. de Seguridad para el establecimiento del Tribunal Internacional Penal de la ex Yugoslavia y la valiosa documentación que proveyó la Sec. Gral.

27 En el anexo sobre "*crímenes previstos en tratados*" la CDI incluyó, en adición a los que se identifican en el art. 50 de la primera convención de Ginebra; 51 de la segunda; 130 de la tercera; 147 de la Cuarta y 85 del Primer Protocolo a las convenciones de Ginebra, precisó, asimismo: la convención de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 1970; sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971; sobre la represión y castigo del *apartheid*; el art. 2 de la convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos, de 1973; toma de rehenes y crímenes conexos, definidos en el art. 1 de la convención contra la toma de Rehenes de 1979; sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984; los crímenes definidos en el art. 3 sobre la represión de actos ilícitos contra la navegación marítima y en el art. 2 del Protocolo para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la Plataforma continental de 1988 y los delitos que se refiere la Convención de N.N.U.U. de 1988 sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ha de notarse que los crímenes que el Tribunal está llamado a juzgar no son crímenes de una naturaleza puramente doméstica. Son realmente crímenes universales en su naturaleza. En tales circunstancias, los derechos soberanos de los Estados no pueden ni deben primar sobre el derecho de la comunidad internacional para actuar apropiadamente en tanto afecten a toda la humanidad y sacudan las conciencias de todas las naciones del mundo.

2.3. *El espectro de la jurisdicción penal internacional*

Tema complejo y debatido es el del espectro de la jurisdicción penal internacional. Originalmente, la C.D.I. propuso que la Corte (permanente) ejerza dos tipos de jurisdicción: uno, *inherente*, para los crímenes de D.I. general -cual el caso del genocidio- con lo que la Corte conocería de ese crimen independientemente de que el Estado afectado hubiere o no ratificado esa convención. Distinguió, así, los crímenes de derecho consuetudinario y los de derecho convencional, por lo que la Corte así mismo ejercería jurisdicción al adquirir esa naturaleza otros crímenes. Como segunda modalidad propuso una fórmula similar a la establecida en el Estatuto de la C.I.J. Otras entidades, entre ellas, *Amnesty International* y Asociaciones de D.I. han propuesto que a la par de establecer los crímenes que figuran en tratados también se establezca un *núcleo de crímenes de D.I. general*, criterios que, según la Comisión Preparatoria de la Conferencia de ONU, son objeto de consideración, por lo que el asunto se ubica en el contexto del derecho aplicable.

IV. EL DERECHO APLICABLE

El hecho que un tribunal ejerza jurisdicción en materia de crímenes internacionales de naturaleza consuetudinaria y, a la vez, sobre crímenes y violaciones a los tratados internacionales de D.I. Humanitario ha sido abordado de manera simultánea por la C.D.I. y por el Secretario General de la ONU, quien en su Informe al C. de Seguridad sostuvo;

El derecho internacional humanitario convencional que fuera de toda duda ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario es el derecho aplicable en los conflictos armados consagrado en los siguientes instrumentos: Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Para la protección de las víctimas de la guerra; cuarta convención de La Haya relativa a las leyes y usos de guerra terrestre y Reglamento conexo del 218 de octubre de 1907; Convención para la prevención y sanción del genocidio del 9 de diciembre de 1948 y Estatuto del Tribunal Militar Internacional del 8 de agosto de 1945.²⁸

Independientemente de si el contenido de esos textos es o no derecho internacional consuetudinario, es de señalar que la C.D.I. se lo reconoció únicamente al genocidio y, por su par-

28 ONU- Doc, S 25794 del 20 de mayo de 1993 p. 10.

te, otros penalistas, entre ellos, Bassiouni cuestionan ese carácter tratándose de los crímenes de lesa humanidad así como entre los jus-internacionalistas, Tomuschat y Scharf²⁹ cuestionan el carácter consuetudinario de esos y de otros crímenes, por lo que es conveniente dilucidar si pueden coexistir, dentro de un mismo sistema normativo las mismas reglas convencionales y consuetudinarias y ser una u otra, según el caso, aplicables por el tribunal internacional que ejerce jurisdicción.

Como antes se vio la C.I.J. abordó el tema de la aplicación concurrente o simultánea de reglas de derecho convencional y de Derecho Internacional general en el trágico caso de los *Rehenes de Estados Unidos en Teherán* (Estados Unidos vs Irán) y luego, en el de Nicaragua vs EE.UU (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*), primero en la sentencia de 1984 (Recueil 1984 p. 424) y, de allí, en la sentencia de 1986. En la primera de estas últimas sentencias señaló que el hecho que algunos principios reconocidos como tales hayan sido codificados o incorporados a convenciones multilaterales no significa que cesen de existir y de aplicarse en tanto que principios de derecho consuetudinario (Recueil 1986, par. 174 y sigs.) para luego añadir en su sentencia de 1986 sobre este particular, que:

Aún cuando una norma convencional y una norma consuetudinaria tuvieran exactamente el mismo contenido, la Corte no vería en ello una razón para que la intervención del proceso convencional hiciera perder a la norma consuetudinaria su aplicabilidad distinta.

Por consiguiente, no existe impedimento legal para que un tribunal internacional pueda aplicar en un caso determinado las mismas normas, independiente de su naturaleza de Derecho Internacional convencional o de Derecho Internacional general y, conforme a unas u otras, calificar si determinado acto u omisión constituye crimen internacional y si su jurisdicción es o no suficiente para conocer del caso. Desde luego, si se trata de la aplicación del derecho consuetudinario el Tribunal debe, como dijera la C.I.J asegurarse de que la existencia de la norma en la *opinio juris* de los Estados está confirmada por la práctica.³⁰

Desde luego, y como lo dijere en 1995 la Sala del Tribunal de la ex Yugoslavia en el caso el Fiscal vs Tadic,

29 Bassiouni, Ch. "Crimes against Humanity. The need for a specialized convention" en Columbia Journal of Transnational Law, Vol 31, 1994 No. 3; Tomuschat C. "International Criminal Prosecution: The precedent of Nuremberg confirmed" Criminal Law Forum N.J. 1994, pp. 242-243 Shcharf M. *supra* No. 19... Así mismo, para la discusión de esta problemática en la Comisión Preparatoria de la ONU, Politi, M. "The Establishment of an International Criminal Court at crossroads- Issues and prospects after the first session of the Preparatory Committee"- y la discusión en la Rama Americana de la International Law Association, Comité sobre una Corte Penal Internacional Permanente, en; *Nouvelles Etudes, Association International de Droit Penal*, No. 13. 1997.

30 C.I.J. Recueil 1986 pp. 95 a 98.

En Derecho Internacional cada tribunal es un sistema en sí mismo (a menos que se prevea otra cosa). Por supuesto, el instrumento constitutivo de un tribunal internacional puede limitar algunos de sus poderes jurisdiccionales, pero sólo hasta el punto en que tal limitación no ponga en peligro su “ carácter judicial”. Tales limitaciones no pueden, sin embargo, presumirse y, en cualquier caso, no puede deducirse del concepto mismo de jurisdicción.

V. LOS CRÍMENES DE ESTADO

Si bien el jurista cubano García Amador, Primer Relator especial de la CDI en el tema de la responsabilidad internacional de los Estados planteó en la década de los cuarenta la posibilidad jurídica de *criminalizar al Estado*, lo cierto es que desde que se inició la discusión del Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad se dejó de lado esa posibilidad, invocándose para ello la sentencia del Tribunal de Nuremberg que sobre este punto consignó: “*Los crímenes contra el Derecho Internacional, son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas y sólo castigando a los individuos que comenten tales crímenes que se puede hacer cumplir las disposiciones del Derecho Internacional*”.

Posteriormente, la sub-comisión de la CDI que deslindó los temas fundamentales de la responsabilidad internacional de los Estados planteó la posibilidad de medidas reparatorias y de medidas aflictivas que podrían, según la gravedad del hecho ilícito, aplicársele a los Estados responsables. Evidentemente ello conducía al terreno de las sanciones por lo que el segundo Relator Especial, el jurista italiano Roberto Ago lo aprovechó adelantando criterios sobre el deslinde que se venía operando en Derecho Internacional en el terreno de los hechos ilícitos entre delitos- en tanto que hechos ilícitos- y crímenes.³¹ De esta manera estableció en el art. 19 de la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad internacional de los Estados,- aprobado originalmente en 1976 y conservado al concluirse en 1996 la primera lectura-, los siguientes elementos:

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito, sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.
2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una obligación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional, que su violación está reconocida por esa comunidad en su conjunto, constituye un crimen internacional.
3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas

31 C.D.I. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1976*. Vol II. N.U. N.Y 1977.

del derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

- a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
- b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;
- c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como la que prohíbe la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*;
- d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.

En su comentario la CDI puso énfasis en que el término *crimen internacional* que utilizó se refiere a los *crímenes de Estado*; es decir, a hechos atribuibles al Estado, poniendo en guardia contra toda confusión entre las expresión crimen internacional empleada en su articulado y otras expresiones como crimen de derecho internacional, crimen de guerra, crimen contra la paz, crimen contra la humanidad etc., utilizados en convenios internacionales para “*determinar fechorías individuales respecto de las cuales tales instrumentos exigen de los Estados que castiguen adecuadamente y conforme a las normas de su derecho interno a las personas culpables*”.³²

La distinción fundamental radica ora en la naturaleza penal, ora internacional de la responsabilidad que los diferentes crímenes internacionales generan. Luego, en la jurisdicción que los Estados y las Cortes internacionales pueden ejercer, ya sea en forma exclusiva o concurrente y, en la competencia del Consejo de Seguridad para imponerle a los Estados sanciones, y establecer tribunales internacionales *ad hoc* para el juzgamiento penal de los individuos. Por último, están las diferencias entre la potestad de los Estados por un lado, de ejercer en lo individual jurisdicción penal conforme al Derecho Internacional y, por el otro, para reaccionar, en tanto que víctimas de un hecho ilícito reputado por su gravedad crimen internacional por la comunidad internacional en su conjunto, contra el Estado autor del crimen (*de Estado*) sea en forma

³² *Ibid*, párrafos 44 y 49. V. Villagrán Kramer F. “La Responsabilidad Internacional por crímenes internacionales”, en Estudios Internacionales, Guatemala, IRIPAZ, año 7, vol. 7 No 14, 1996 y la bibliografía citada pp 42-63. Así mismo, la crítica de Rosenstock R. (An international criminal responsibility of States) y los agudos comentarios del profesor francés, Alain Pellet (Vive le crime: Rémarques sur les degrés de l’illicéité en droit international) ambos en “Le Droit International à l’aube du XXIe Siècle- Réflexions de codificateurs”, Nations Unies, Nueva York, 1997.

individual o conjuntamente con otros Estados.

VI. LAS JURISDICCIONES REPARATORIAS

La depuración de conceptos también permite dimensionar las coincidencias y diferencias que existen entre los crímenes contra el Derecho de Gentes y los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, aún cuando en ambos casos sean penalmente responsables las personas individuales, mientras que, en el caso de los crímenes de Estado, los Estados no son penalmente responsables sino lo son internacionalmente. El concepto que no debe criminalizarse al Estado y que tampoco se puede encarcelarse o privarse de su existencia, incide que aún prive en el Derecho Internacional general la máxima *societas delinquere non potest*. Ello, desde luego, no impide que en el caso de violaciones a los derechos humanos la C.I.J y las Cortes de D. Humanos ejerzan jurisdicción reparatoria y, tampoco obstruye que en el caso de los crímenes contra el Derecho de Gentes -por ejemplo, esclavitud o torturas- y de crímenes que conllevan la violación de derechos humanos fundamentales- como, el derecho a la vida- las víctimas o sus causahabientes a la par de la acción penal que puedan ejercer también ejerzan contra los responsables directos de esos actos la acción de daños y perjuicios y, que, esta incluso, pueda ejercerse ante los tribunales de otros Estados.

El caso lo ilustra el *Aliens Tort Act* de 1789 de Estados Unidos por el que la Corte de Circuito de ese país pueden ejercer jurisdicción original en cualquier acción civil entablada por un extranjero únicamente por *delito -tort-* cometido en violación del Derecho de las Naciones o por tratado de los Estados Unidos.

En efecto, en el caso *Filartiga vs Peña Irala* fallado por la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de EE.UU. el 30 de junio de 1980, el tribunal aceptó ejercer jurisdicción en la acción civil de daños y perjuicios entablada por el Dr. Filartiga contra el Sr. Peña Irala, ambos de nacionalidad paraguaya. El hecho ilícito consistió en la muerte de su hijo causada por torturas inflingidas en Paraguay, de las que había sido autor el demandado. Para ello el Tribunal sostuvo que “*Un acto de tortura cometido por funcionarios de Estado contra una persona mantenida en detención, viola normas establecidas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por ende, el derecho de las Naciones*”.³³

CONCLUSIONES

El camino recorrido muestra que persiste en Derecho Internacional la regla que no pue-

³³ International Law Reports, Vol. 77; Así mismo, el caso *Forti y otro vs Suárez Mason*, (1987) en el que se revisan anteriores casos. I.L.R. vol 95 pp. 625 y sigs. y el caso del General Gramajo de Guatemala, en *Diario Siglo Veintiuno*, 13 de abril, 1995. Así mismo, Vinuesa R. “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de las Cortes Federales de los Estados Unidos de América, en “Temas de Derecho Internacional” Homenaje a Frida M. Pflirter de Armas Barea, Buenos Aires, 1989. pp. 99 y sigs. y nuestro estudio *op. cit. supra* No 2. pp-127-131.

de criminalizarse al Estado por lo que deben tenerse presentes las diferencias que establece el Derecho de las N.N. U.U., el Derecho Internacional general y el Derecho convencional en materia de crímenes internacionales, así como las existentes entre reacciones unilaterales y medidas *aflictivas* y *reparatorias*.³⁴ El crimen de agresión es, desde luego, singular, dado que el Consejo de Seguridad tiene asignadas en los arts.1.(1), 25 y 39 de la Carta, funciones específicas.

De la misma manera también existen diferencias entre las jurisdicciones penales -nacionales e internacionales- y las jurisdicciones -nacionales e internacionales- que tienen carácter y alcances reparatorios, al igual que las hay entre las reacciones de los Estados ante los crímenes internacionales que los afectan directamente y las reacciones ante *crímenes de Estado* que el Derecho Internacional general permite que, como víctimas, puedan ejercer individual y colectivamente, a fin de hacer efectiva la responsabilidad del Estado autor del crimen.

Por lo que a la jurisdicción penal se refiere, tanto los tribunales nacionales como los tribunales penales internacionales pueden penalizar a quienes, en el curso de conflictos armados internacionales e internos, incluyendo en “épocas de paz”, cometen crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. De la misma manera, los tribunales nacionales también ejercen, conforme al D. Internacional general, jurisdicción penal tratándose de “crímenes contra el Derecho de Gentes”. La jurisdicción penal es en esos casos, universal.³⁵

En tal virtud y, conforme al principio de universalidad, los tribunales penales de terceros Estados puedan ejercer jurisdicción en casos de crímenes internacionales cometidos fuera de la jurisdicción territorial del Estado al que pertenecen, -en particular, por crímenes de guerra y de lesa humanidad- y siempre que existan factores de atracción y de conexión- como aconteció en el caso de Eichmann en Israel; de Klaus Barbier en Francia; del proceso contra altos oficiales alemanes por las represalias contra la población civil en la *Fosse Adreatine* -Italia- y, en España, en el proceso penal abierto por el Juez Garzón por la muerte violenta en Argentina de ciudadanos españoles durante la llamada “guerra sucia”, jurisdicción que, así mismo, se prevé en la legislación de Canadá. La jurisdicción penal universal se abre, pues, a nuevos horizontes, haciéndose necesario su regulación.

En cuanto a los Estados, el hecho que no pueda criminalizarse al Estado no impide la aplicación de sanciones por actos de agresión, amenazas a la paz y quebrantamientos de la paz o, deducírseles su responsabilidad internacional por violar, ora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ora de las obligaciones que como Estado le impone el D. I. Humanitario durante los conflictos armados internacionales o internos y en épocas de paz. Esa responsabili-

34 Véase los casos de EE.UU. vs Irán (C.I.J. Recueil 1980 párrafo 95), *Nicaragua vs EE.UU.* (CIJ Recueil 1986 párrafo 292) y el del avión de la Pan Am entre Estados Unidos y Libia en ICJ -“Case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie” - order of 14 april, 1992.

35 Thiam D. “Responsabilité internationale de l’individu en matiere criminelle” en “Le Droit International a l’aube du XXI e Dsicle-reflexions de codificateurs”, *supra* cita No. 31.

dad, sin embargo, no la pueden deducir con carácter vinculante y obligatorio para el Estado infractor los tribunales penales internacionales, más sí el Consejo de Seguridad y, con el consentimiento del Estado infractor, la C.I.J., los tribunales arbitrales y, en casos específicos de vinculante interrelación normativa en cuanto al Estado infractor se refiere, los tribunales internacionales de Derechos Humanos.

En este sentido, los tribunales internacionales de derechos humanos, a la par que ejercen jurisdicción con efectos reparatorios tratándose de violaciones a los derechos humanos establecidos en el derecho internacional convencional y en el derecho interno de los Estados que aceptan su jurisdicción, pueden, así mismo, ejercerla con alcances reparatorios cuando los Estados que aceptan su jurisdicción violan las garantías judiciales o incurrir en denegación de justicia,³⁶ independientemente de si se trata de crímenes establecidos por el derecho interno,³⁷ de crímenes contra el Derecho de Gentes o de crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario, incluyendo la violación de derechos que conforme al D. I. general son derechos humanos fundamentales.

Por lo que a otra clase de violaciones al D. I. Humanitario concierne, los tribunales de Derechos Humanos pueden apreciar, no sólo la interrelación o interpenetración normativa entre los sistemas de D.I. Humanitario y de D. Humanos sino, también, que conforme a sus estatutos básicos, su jurisdicción no es tan amplia como la de la C.I.J. y tampoco derecho aplicable es tan extenso como el que la C.I.J. puede aplicar.

36 V. Jiménez de Aréchaga E. "El Derecho Internacional Contemporáneo", Madrid, Tecnos, 1980 pp. 331-334 y Jiménez de A., y Tanzi, "La Responsabilité Internationale des Etats" en "Droit International-Bilan et perspectives" Bedjaoui M. ed. Paris, Pedone, T 1, 1991, pp. 390-391 y nuestro estudio "Responsabilidad Internacional del Estado por denegación de justicia y violación de garantías judiciales" en "La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos", R. Nieto Navia ed. San José, C.R. 1994.

37 V. por ejemplo, Nieto Navia, R. "Los Casos contra Honduras en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Liber Amicorum E. Jiménez de Aréchaga*, *supra* cita. No. 24.