Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2005

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 2005

Tomo II

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2005 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Año 11

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Tiergartenstrasse 35
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974
Fax: (#598-2) 908 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Editor Responsable
Jan Woischnik

Asistentes de Redacción
Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctora
María Cristina Dutto

Impreso en Mastergraf
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 335.092 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Índice

TOMO I

Prefacio 9

I. Derecho constitucional

Concepto de Constitución
Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia) 13

Estado constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico
José Luis Cea Egaña (Chile) 43

Algunas reflexiones sobre la influencia
de la constitución española de 1978 en el constitucionalismo
latinoamericano (en conmemoración del 25º aniversario: 1978-2003)
Ricardo Haro (Argentina) 57

Valores superiores concurrentes en las cartas políticas
de Chile y España .....
Lautaro Ríos Álvarez (Chile) 87

Estado de derecho, política y democracia
en la sociedad globalizada
Valentín Paniagua Corazao (Perú) 109

La reforma constitucional en el Paraguay
Luis Lezcano Claude (Paraguay) 123

Los caminos de la reforma constitucional en el Perú
Enrique Bernales Ballesteros (Perú) 157

Facultades presidenciales para la reforma de la administración en Colombia. La reforma permanente
Augusto Hernández Becerra (Colombia) 175

Los pueblos indígenas y las comunidades campesinas en el sistema constitucional boliviano. Pasado, presente y perspectivas al futuro
José Antonio Rivera S. (Bolivia) 195

La interpretación jurídica en el caso de las demandas de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional del Ecuador contra el Acuerdo de la Base Aérea de Manta
César Montaño Galarza (Ecuador) 215

Notas sobre la Historia constitucional de Chile: génesis y evolución entre 1810 y 1970
Fernando Muñoz León (Chile) 245

II. Derecho procesal constitucional

Apuntes sobre derecho procesal constitucional boliviano
René Baldivieso Guzmán (Bolivia) 275

Los procesos y procedimientos constitucionales ante la jurisdicción constitucional en Venezuela
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela) 301

El nuevo Código Procesal Constitucional peruano
Francisco José Eguiguren Praeli (Perú) 331

El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú: una visión introspectiva
Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen (Perú) 353

El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano
César Landa (Perú) 361

Lineamientos para el estudio, análisis y enseñanza del derecho procesal constitucional
Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú) 385

Instrucciones para la presentación de los artículos 415

TOMO II

III. Derechos y garantías individuales

El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez
Camino Vidal Fueyo (España) 427

Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa
Humberto Nogueira Alcalá (Chile) 449

El hábeas data en la Constitución de Bolivia
Pedro Gareca Perales (Bolivia) 473

Constitución y acciones positivas. El sistema de cuotas de participación política para mujeres en Ecuador
Luz Entrena Vázquez (España) 501

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

El derecho humano a la paz
Héctor Gros Espiell (Uruguay) 517

Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano
Víctor Bazán (Argentina) 547

Los derechos humanos en el derecho interno y en los tratados internacionales. Su protección por la jurisdicción constitucional guatemalteca
Carmen María Gutiérrez de Colmenares (Guatemala) 585

Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal
Marcelo Augusto Madina (Argentina) 615

El control jurisdiccional de la ejecución de la sanción en el proceso de naturaleza penal juvenil
Susana Falca (Uruguay) 627

V. Derecho internacional público

¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?
Juan José Martín Arribas (España) 637

Soberanía, constituciones y comunidades.
Algunos otros aportes a un enfoque europeo
Heber Arbuet-Vignali (Uruguay) 673

Inmunidades en derecho (penal) nacional e internacional
Kai Ambos (Alemania) 691

VI. Derecho de la integración

Razón e historia en el derecho de la integración:
los casos de la Unión Europea y el Mercosur
Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)..... 719

Sistema jurisdiccional andino y europeo
Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia) 739

El derecho comunitario: concepto, naturaleza y caracteres
Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua) 759

La cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina
y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur
Ricardo Vigil Toledo (Ecuador) 779

Los órganos del Mercosur: hacia la conformación
de un Parlamento común
Ruben Correa Freitas (Uruguay) 809

La Orden Europea de Detención y Entrega ante la delincuencia
organizada. ¿Un nuevo enfoque del Estado de derecho?
Esther Gómez Campelo (España) 817

Instrucciones para la presentación de los artículos 837

III. Derechos y garantías individuales

- *Camino Vidal Fueyo (España)*
  El principio de proporcionalidad como parámetro
  de constitucionalidad de la actividad del juez

- *Humberto Nogueira Alcalá (Chile)*
  Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile
  e información comparativa

- *Pedro Gareca Perales (Bolivia)*
  El hábeas data en la Constitución de Bolivia

- *Luz Entrena Vázquez (España)*
  Constitución y acciones positivas. El sistema de cuotas
  de participación política para mujeres en Ecuador

Camino Vidal Fueyo (España)*

El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez

1. Imprevisión legislativa, juez y Constitución

El reconocimiento de los derechos fundamentales, el establecimiento de un conjunto de garantías que aseguren su plena eficacia, y la vinculación directa que ejercen sobre todos los poderes públicos, constituyen uno de los pilares del Estado constitucional.[1] Sin embargo, la estructura dinámica y fragmentaria del texto constitucional, el alto grado de generalidad y abstracción que resulta del tenor literal de la mayoría de sus preceptos, hace que la problemática de la interpretación jurídica, común a todas las ramas del derecho, se agudice en este campo.[2]

Problemas de interpretación jurídica con los que se encuentra el legislador a la hora de desarrollar el contenido de un derecho fundamental, pero que adquieren una nueva dimensión cuando es el juez quien, en defecto de ley de desarrollo, tiene que

---

* Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Burgos (España). ‹cvidal@ubu.es›

[1] A lo largo de este trabajo utilizaremos el concepto de derecho fundamental en un sentido formal, como derecho subjetivo garantizado en una constitución normativa. La Constitución española reconoce en sus artículos 14 a 38 un conjunto de derechos y libertades que no tienen un mero valor programático, sino una aplicación o eficacia inmediatas ante los tribunales de justicia; derechos y libertades que vinculan a todos los poderes públicos, particularmente al legislador. Sobre el concepto de derecho fundamental, véase: Pedro Cruz Villalón: "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 25, 1989, p. 39 y ss.; Javier Jiménez Campo: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999; y VV.AA.: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales* (ed. A. López Pina), Civitas, Madrid, 1991, entre otros muchos.

[2] Estas características del texto constitucional son compatibles con su valor normativo. Constitución normativa cuyos preceptos y principios se caracterizan no sólo por tener eficacia jurídica inmediata, sino por ser presupuesto de validez del resto del ordenamiento jurídico. De manera que no estamos ante un mero documento o programa político, ni ante una norma programática, sino ante el

aplicar directamente el precepto constitucional. Mientras el legislador cuenta con la legitimidad que le otorga la representación popular, el juez a la hora de aplicar e interpretar la Constitución tiene, como único aval, la utilización de un método jurídico de interpretación; su legitimidad está en el propio derecho.[3]

Pues bien, las reflexiones que se esbozan a lo largo de estas líneas tienen su origen en un problema práctico con el que se encontraron los tribunales ordinarios españoles hasta hace muy pocos meses, motivado por la descoordinación existente entre el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) y algunos avances científicos a través de los cuales se podían obtener datos trascendentales para la resolución jurisdiccional de determinados delitos.

Más en concreto, estoy hablando de aquellos casos en los que el juez consideraba oportuno acordar la toma de muestras de sangre o de cabellos al imputado, con fines tan diversos como pueden serlo el determinar si coincidían con los encontrados en la escena del crimen, o en orden a verificar si era consumidor habitual de estupefacientes —dato que puede tener relevancia en relación con el objeto principal del proceso—, o para probar, en suma, su supuesta paternidad —aunque este último aspecto puede tener mayor proyección en el orden civil, no podemos minusvalorar su importancia en el marco de un proceso penal—. El imputado, sujeto pasivo del proceso, pasaba así a convertirse en *objeto de la prueba* y, lógicamente, no hay problema si el legislador prevé expresamente esta posibilidad, o si el afectado consiente en la práctica de esa diligencia, pero la cosa cambia cuando hay un vacío legal al respecto, situación que se daba entones,[4] y se desatiende el requerimiento, invocando la vulne-

---

orden jurídico fundamental del Estado constitucional. Sobre la Constitución como norma jurídica cf. el conocido trabajo de Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981; así como Ignacio de Otto: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Ariel Derecho, Barcelona, 1987.

[3] Manuel Aragón Reyes pone de relieve los problemas teóricos y prácticos que acarrearía convertir el "gobierno de la Constitución" en el "gobierno de los jueces": de un lado, la quiebra del principio democrático que ello puede comportar, "en cuanto que sería un poder del Estado no estrictamente representativo el encargado de concretar el *status civitatis.* De otro, la merma del principio de 'generalidad' del derecho o, lo que es igual, del principio de aplicación igual del derecho, mejor tutelado por las normas escritas que por las normas de creación judicial. Por último, la distorsión del pluralismo político, en cuanto que serían los jueces, y no la mayoría política, los que desarrollarían los derechos fundamentales" (*Estudios de derecho constitucional,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 157).

[4] Y que se mantuvo hasta la promulgación de la ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en virtud de la cual se añadió un segundo párrafo al artículo 363 de la LECrim. que reza: "Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento e intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad".

ración de derechos fundamentales tales como el derecho a la integridad física (artículo 15 de la Constitución española [CE]), el derecho a la intimidad (artículo 18 CE), o el derecho a no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 CE), por medio de los recursos ordinarios que fueran procedentes.[5]

La conexión de este problema con la teoría general de la interpretación y, más en concreto, con el principio de proporcionalidad se explica a partir del conflicto que debe dirimir el juez: por un lado, la diligencia de intervención corporal limita derechos fundamentales del imputado sin previa habilitación legal pero, por otro, del resultado de dicha diligencia dependen derechos fundamentales de terceros —particularmente de la víctima: el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE)—, y también el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, como bien constitucionalmente protegido, que comprende el interés público propio en la investigación y persecución de los delitos. Una vez más se pone de manifiesto en el proceso penal, si cabe más que en otros órdenes jurisdiccionales, la inevitable tensión entre un interés público, en este caso el que reside en la persecución del delito, y el contenido de determinados derechos fundamentales de la persona.

Partiendo de la inexcusable previsión legal para limitar el contenido de los derechos fundamentales (artículos 53.1),[6] la doctrina que ha abordado el tema que nos ocupa —mayormente procesalista— ha concluido que, mientras el legislador no habilite expresamente al juez para ordenar este tipo de intervenciones, éstas no son constitucionalmente admisibles.[7] Sin embargo, algo no encaja en la lógica jurídica

---

[5] Una situación similar se produce con la *intervención de las comunicaciones orales directas a través de sistemas de escucha y grabación*, cuyo sustrato legal tampoco está muy claro en España, al contrario de lo que ocurre en los países de nuestro entorno como Italia (artículo 266 del Codice di Procedura Penale), Portugal (artículos 187 a 190 de su Código Procesal Penal) o Francia (artículo 81 del Código de Procedimiento Penal de 1957), donde esta medida se encuentra expresamente prevista. Las soluciones sugeridas por la doctrina oscilan entre los mayoritarios, quienes consideran aplicable analógicamente el régimen legal de la intervención de las comunicaciones, *ex articulo* 18.3 CE; y los que se atienen más bien a lo dispuesto para las filmaciones en lugares públicos y privados (LO 4/1997, de 4 de agosto), pues, en último término, el bien jurídico protegido es el mismo, el derecho a la intimidad (véanse acerca de estas posturas, entre otros: José Luis Alcábar López: "Contenido del derecho a la intimidad", en *Actualidad Jurídica*, nº 3, 1981, p. 17; Mª Lourdes Noya Ferreiro: *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Valencia, 2000, p. 103-112; y César Sempere Rodríguez: *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Madrid, 1987, p. 444), pero es posible una tercera vía interpretativa como la que se expone en este trabajo.

[6] Que fija: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)".

[7] Nicolás González-Cuellar Serrano: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 78 y 305). En igual sentido se manifiestan: Marcos Forcada Jordi: "Las inspecciones o registros sobre la propia persona", *Revista Jurídica Española La Ley*, 1990,

cuando resulta prohibida una prueba que, en sí misma, supone una leve injerencia en el contenido de algunos derechos fundamentales —pensemos en una extracción de sangre— y, sin embargo, de cuyo resultado dependen importantes intereses, tanto públicos como privados.

Pues bien, tal y como se propone desde estas líneas, quizá la cuestión pueda enfocarse de una forma distinta. Acaso no estemos ante un problema de limitación de derechos fundamentales por parte del juez ordinario sin previa habilitación constitucional o legal, sino ante un problema de interpretación de la Constitución.

Así, y a partir de la idea elemental de que un ordenamiento jurídico es un sistema en cuyo seno las normas carecen de existencia singular, de suerte que sólo adquieren sentido en función del *todo*, el problema podría abordarse desde una interpretación sistemática de la Constitución, poniendo en relación los preceptos reconocedores de derechos fundamentales con el conjunto, también con aquellos principios constitucionales que, sin estar expresamente recogidos en el texto constitucional, como el principio de proporcionalidad, están suficientemente concretados y desarrollados por el Tribunal Constitucional como para servir de parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez.

Desde esta interpretación sistemática, resulta fundamental la teoría de los límites inmanentes de los derechos fundamentales, que se construye a partir de la reiterada afirmación de nuestro Tribunal Constitucional de que todo derecho fundamental tiene sus límites, que en ocasiones aparecen expresamente previstos en el texto constitucional, pero que en otras derivan de una manera *mediata* o *indirecta* de tal norma "en cuanto han de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos" (Sentencia del Tribunal Constitucional español [STC] 2/82, entre otras muchas).

De este modo, el juez penal en el ejercicio de su específica función de juzgar y ejecutar lo juzgado, cuando se encuentra con la necesidad de resolver un conflicto entre derechos fundamentales que entran en colisión con otros derechos fundamentales, o con bienes y valores constitucionalmente reconocidos, ha de descubrir los límites inmanentes que se desprenden del propio texto constitucional. En esta operación el juez está interpretando sistemáticamente la Constitución, no está llevando a cabo una labor *constitutiva* —que sólo correspondería al legislador—, sino aplicando unos

---

p. 990; Ángel Gil Hernández: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, 1995, p. 60; Mª Isabel Huertas Martín: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pp.183 y ss.; José Francisco Etxeberria Guridi: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, p. 95 y ss.; José Antonio Diez Cabiale: *La admisión y la práctica de la prueba en el proceso penal,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 141. Sólo voces aisladas consideran que, aunque resulta conveniente, la ausencia de ley no es óbice para llevar a cabo la medida (cf. José Antonio Varela Agrelo: "El cuerpo humano como medio de prueba; en especial las intervenciones corporales", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior,* 1996, nº 1776, p. 28).

límites que preexisten incluso a una intervención legal, lo que en último término se desprende del principio de unidad de la Constitución, a la que el propio juez se encuentra directamente vinculado.

Afirmar que el juez ordinario tiene la facultad de "descubrir" los límites inmanentes de los derechos fundamentales que se desprenden de la Constitución no supone otorgarle una función reguladora de éstos, pues sería inadmisible una "política de derechos fundamentales" del Poder Judicial; tampoco se trata de buscar a toda costa una "construcción teórica" con la que legitimar al juez para el establecimiento de límites en el contenido de derechos fundamentales cuando, sin contar con una cobertura legal, pudieran estar materialmente justificados. Por eso es muy importante el establecimiento de unos mecanismos que garanticen que el juez no asume una libertad de configuración política, de la que carece, y que controlen que su actuación se somete a un riguroso método jurídico. De entre éstos destaca, insisto, el sometimiento al principio de proporcionalidad que impide que la actuación judicial sea arbitraria, o que cualquier interés del Estado, por importante que fuere, justifique la adopción de medidas limitadoras de derechos fundamentales constitucionalmente inadmisibles.

De lo expuesto se deducen las dos ideas básicas sobre las que se pretende reflexionar desde estas líneas: el peligro de libre creación del derecho por parte del juez, y la correlativa necesidad de articular mecanismos jurídicos de contención, toda vez que la manida *autocontención judicial* pertenece al mundo de las buenas intenciones, pero está al margen de la certeza y seguridad que se reclaman al derecho. En definitiva, sólo una adecuada teoría de la interpretación "permitirá de una parte, justificar la relativa superioridad que, en el caso límite, tiene la decisión judicial frente a la legislativa, y logrará garantizar, de la otra, que el destronamiento de la ley no se salde con una pérdida de la seguridad jurídica, que es una exigencia básica del Estado de Derecho".[8]

2. El peligro de libre creación del derecho por parte del juez

Hablar del principio de proporcionalidad como técnica de control de la actividad del juez, como parámetro de constitucionalidad de algunas decisiones judiciales, requiere una previa reflexión, que no pretende ser original, sobre el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho o, lo que es lo mismo, sobre la legitimidad

---

[8] Francisco Rubio Llorente: "La interpretación de la Constitución", en *La forma del poder,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 609. Quien añade en la nota a pie nº 17 que la "judicialización del ordenamiento" implica la necesidad de una teoría interpretativa clara, generalmente aceptada y de aplicación constante. A falta de ella, ni el ciudadano ni los poderes públicos podrán calcular con una razonable probabilidad de acierto cuál será la decisión del Tribunal, esto es, la norma aplicable.

democrática de *un poder* que, lejos de albergar a técnicos burócratas e "inanimados" que mecánicamente aplican el contenido de la ley —en la más pura formulación de Montesquieu—, se ha convertido en adalid de la "realización" de la Constitución.

Los jueces y magistrados son los garantes naturales de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, pero junto con esa función esencial, el *tercer poder* va adquiriendo, progresivamente y sin solución de continuidad, un mayor protagonismo en el complicado mecanismo de frenos y contrapesos (*checks and balances*) propio del Estado de derecho. Protagonismo en cierto modo justificado, toda vez que las notas que lo caracterizan (independencia, responsabilidad, estricto sometimiento al imperio de la ley…) lo convierten en un cualificado actor para controlar la actuación del resto de poderes públicos y, en último término, para salvaguardar la supremacía normativa de la Constitución y su estricto cumplimiento. Por ello, no resulta un exceso asociar su labor con la defensa de la democracia, de la división de poderes, de las libertades del individuo y de las minorías.

Sin embargo, algo está ocurriendo cuando las expresiones *politización de la justicia* o *judicialización de la política* comienzan a ser lugar común en la doctrina y en la opinión pública, y cuando emerge, quizá con más virulencia que nunca, el eterno debate sobre la legitimidad democrática del Poder Judicial. Cuestiones éstas que no sólo se plantean en la mayoría de los sistemas constitucionales europeos —en los que existe un Tribunal Constitucional con poder para expulsar del ordenamiento aquellas leyes que considera inconstitucionales, y con potestad para determinar de qué manera se ha de interpretar una ley para considerarla conforme a la Constitución—,[9] sino también en la *judicial review* americana, toda vez que entre ambos sistemas no existe una diferencia tan acusada como tradicionalmente se ha venido sosteniendo.[10]

---

[9] Como bien es sabido, en el ordenamiento jurídico español el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial, sino que se trata de un órgano constitucional independiente. Sin embargo, goza de potestad jurisdiccional y sus decisiones son vinculantes para todos los tribunales ordinarios. Que el intérprete último de la Constitución sea un órgano de naturaleza jurisdiccional y no la Cámara de Representantes del pueblo plantea importantes problemas que han sido objeto de una vastísima bibliografía. En definitiva, el control de constitucionalidad representa el eslabón último del largo proceso histórico y político tendente a someter el poder al derecho. Véanse, entre otros muchos, Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985; Javier Pérez Royo: *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988; José Luis Cascajo Castro: "Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional", en *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Cortes Generales, 1986.

[10] En este sentido resulta imprescindible la tesis doctoral de Mª Ángeles Ahumada Ruiz, donde se recuerda que el sistema del tribunal constitucional en su primer diseño *kelseniano* fue defendido, antes que como una alternativa a la *judicial review*, como una versión "racionalizada" de esta técnica, en un intento por superar sus disfunciones sin renunciar a sus beneficios más reconocidos; "con el paso del tiempo, el sistema europeo parece desprenderse de rasgos que permitieron afirmar su singularidad frente al sistema americano. Deducir de aquí que la jurisdicción constitucional en Europa evoluciona hacia un sistema de *judicial review* es tentador. Sin embargo, como he procurado poner de relieve en esta investigación, si es verdad que la distancia entre la técnica americana y europea del

Politización de la justicia, *judicialización de la política*, expresiones, al fin, que pretenden llamar la atención sobre la metamorfosis de un poder que históricamente nace para aplicar estrictamente la ley, pero que con el tiempo va ganando terreno al legislador: porque tiene potestad para no aplicar una ley que considera inconstitucional (*judicial review*); porque actúa como control de constitucionalidad de los actos del poder, particularmente del legislador, erigiéndose en *legislador negativo*, expulsando del ordenamiento las leyes que considera inconstitucionales (*control concentrado* de los tribunales constitucionales europeos); porque el contenido de los preceptos constitucionales —preceptos generalmente abiertos, flexibles, con vocación de permanencia— acaba identificándose con la interpretación que de ellos ha hecho la jurisdicción constitucional; porque los jueces ordinarios aplican directamente la Constitución y, en muchas ocasiones, dotan tácitamente de contenido a preceptos constitucionales que no han sido desarrollados por el legislador, y, en último término, porque en toda interpretación judicial pueden influir factores políticos o de oportunidad.[11]

En definitiva, el protagonismo y robustecimiento del Poder Judicial se puede sintetizar, siguiendo a la mayoría de la doctrina, en los siguientes puntos: en primer lugar, en el hecho de que los textos constitucionales los conviertan en uno de los principales mecanismos de control de la actuación de los poderes públicos, particularmente del Poder Ejecutivo, fiscalizando el sometimiento de la actuación del Gobierno y la Administración a la ley; en segundo lugar, porque las Constituciones han considerado a los tribunales como una de las piezas básicas en la defensa y protección de los derechos y libertades individuales y, en tercer lugar, porque los textos

---

control se acorta, en otros aspectos que afectan muy esencialmente a la definición del sistema de control —por ejemplo, el modo de entender la función de la garantía de la constitución— la diferencia entre el planteamiento americano y europeo es muy marcada. Si nos concentramos exclusivamente en los procedimientos del control, efectivamente, la convergencia entre los modelos americano y europeo del control es evidente. Si atendemos a la sustancia del control, a la finalidad a la que responde, nos encontramos con dos enfoques muy diversos; dos formas de entender la democracia constitucional y desde esa perspectiva, dos formas de entender la función apropiada de los jueces constitucionales en una democracia", p. 556. (Tesis leída en la Universidad Complutense de Madrid el 3 de septiembre de 2004, bajo la dirección del profesor Manuel Aragón Reyes, pendiente de publicación.)

[11] En este sentido resultan muy sugerentes las consideraciones de Miguel Ángel Iglesias Río en relación con el "moderno derecho penal" que crea *bienes jurídicos colectivos* tutelados frecuentemente a través de la indeseable técnica de tipificación de los *delitos de peligro abstracto* "criminalizando anticipadamente el ámbito previo o castigando actos que no superan el umbral de la mera preparación", situación que ha propiciado una progresiva relajación de la vinculación del intérprete a la ley "con lo cual se ha ido consolidando una jurisprudencia más creadora que interpretativa, permitiendo la entrada a consideraciones de oportunidad política, la persecución penal y su renuncia dependiendo del criterio de necesidad preventiva de pena, la orientación político criminal a las consecuencias, etc.". Véase: "Constitución y moderno derecho penal en la sociedad del riesgo. Notas para un debate abierto", en *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario* (dirigido por Manuel Balado y José A. García Regueiro), Bosch y Centro Internacional de Estudios Políticos, 2003, pp. 1019 y 1020 respectivamente.

constitucionales han extendido a los jueces el papel de colaboradores en la salvaguardia de la supremacía normativa de la Constitución.[12]

Creo que el análisis del principio de proporcionalidad o, como en este caso, de algún aspecto de él desde la perspectiva constitucional, adquiere mayor justificación desde el esbozo de las consideraciones precedentes. Si la proporcionalidad es una noción íntimamente ligada a la de justicia, si se trata de un criterio ponderativo que se identifica con lo razonable, estamos ante una de las técnicas —desde luego, no la única— en orden a garantizar la ¿legitimidad?, ¿legitimación? de la actividad del juez. Los interrogantes tienen sentido al hilo de la distinción que lleva a cabo el profesor Alfonso Fernández-Miranda Campoamor entre ambos términos; esto es, mientras la legitimidad es un concepto normativo, la legitimación es un concepto sociológico. Así como al Parlamento le otorga su legitimidad la voluntad de los electores, la legitimidad de las decisiones judiciales descansa en el propio derecho que aplican los jueces y en la atribución competencial que les confiere la Constitución, siempre que actúen sujetos al imperio de la ley. La legitimación, sin embargo, descansa en el consenso social sobre la eficacia y la justicia (aunque sólo sea justicia positiva de sus decisiones).[13]

En este sentido, recordemos que el Estado liberal rompe, en la mayor parte de los países continentales europeos, con la tradición precedente de elección periódica de los jueces, que, al igual que el resto de los poderes del Estado, obtenían su legitimidad directamente del pueblo. Surge así un modelo de justicia *burocrática*, en la que los jueces son meros técnicos, con una función estrictamente mecánica de aplicación de la ley, en la más pura formulación de Montesquieu. Los jueces aplican la ley elaborada por el Parlamento y la suya será una legitimidad funcional o de ejercicio, frente a la legitimidad democrática de origen que caracteriza a quienes son directamente elegidos por los ciudadanos.[14]

Sin embargo, de la clásica y lúcida división de poderes del barón de la Brède y de Montesquieu quizá sólo nos queda, dos siglos y medio después, el armazón sobre el que se han construido formulaciones jurídicas muy diferentes, pues también lo son

---

[12] Véase Luis Esteban Delgado del Rincón: *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 46, donde se cita abundante bibliografía al respecto, de la que habría que destacar: Pablo Lucas Murillo de la Cueva: "El Poder Judicial y la administración de justicia", en *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución española de 1978* (coord. Enrique Álvarez Conde), INAP, Madrid, 1998, p. 707 y ss, y Luis López Guerra: "La legitimidad democrática del juez", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 1, 1997, p. 43. Sobre el peligro de llegar a un gobierno de los jueces: Francisco Rubio Llorente: "El control parlamentario", en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 244 y ss.

[13] Alfonso Fernández-Miranda Campoamor en el prólogo al libro de Luis Esteban Delgado del Rincón: *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 8.

[14] Tal y como señala Delgado del Rincón: o. cit., p. 80.

las realidades sociales y políticas a las que pretender servir. De una hermética distribución horizontal del poder, hemos pasado a un reparto poliédrico de éste, en un escenario en el que distintas entidades territoriales pugnan por su cuota de competencia. Los países europeos que han firmado el Tratado de la Unión han cedido parte de su poder, de su soberanía, a órganos supraestatales con potestad normativa, ejecutiva y también jurisdiccional. Simultáneamente, en el ámbito interno de cada uno de estos Estados, también proliferan nuevos centros de decisión política y jurídica, y un claro ejemplo lo tenemos en España, con la construcción del Estado de las Autonomías.

De manera que del histórico tapiz de la división de poderes nos queda el cañamazo, y quizá no sea un exceso afirmar que uno de los más importantes retos ante los que se encuentra la dogmática jurídica es la delimitación del exacto papel que le corresponde al Poder Judicial en dicho entramado, pues ese juez burócrata y mecánico aplicador de la ley ha pasado a convertirse, en el Estado social y democrático de derecho, en una importante e imprescindible pieza en la cadena de producción del derecho; su labor de interpretación y concreción lo sitúa junto a las más importantes fuentes del derecho.[15]

Creo que merece la pena insistir en que este papel del juez no sólo tiene especial relevancia en los sistemas jurídicos anglosajones, en los que, en virtud del principio *stare decisis*, las decisiones judiciales son la fuente principal del derecho, sino que progresivamente ha adquirido fuerza en los ordenamientos continentales, de la mano del sistema de justicia constitucional y, por supuesto, de la concepción de la Constitución como norma jurídica suprema de directa aplicación por todos los órganos judiciales.[16] En España (como en Italia o Alemania), las sentencias del Tribunal Constitucional se convierten en fuente del derecho y sus fallos no se limitan a controlar la constitucionalidad de las leyes, sino que cada vez son más frecuentes las "sentencias

---

[15] Ibídem, pp. 80 y ss. Véase también, en este sentido: Miguel Ángel Aparicio Pérez: "Jueces y justicia en la Constitución", en *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual* (coord. por J. Asensi Sabater), Valencia, 1997, pp. 958 y ss.

[16] Como señala el profesor Francisco Rubio Llorente, la recepción en el continente europeo de un concepto de Constitución normativa, distinto del imperante en Europa desde comienzos del siglo XIX, unida a la existencia de un Tribunal Constitucional, implica una transformación radical del ordenamiento, que se judicializa: "las sentencias del juez de la constitucionalidad se convierten necesariamente en fuente del Derecho; la ley, como fuente privilegiada, comparte este puesto con la decisión judicial y el sistema basado en la ley se transforma en *case law*", en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 482. Por otro lado, como indica Ahumada Ruiz, el sistema de los tribunales constitucionales es el que ha resultado más fácilmente exportable en la práctica: se extendió rápidamente por Europa, progresa en Latinoamérica y ha sido acogido por la mayor parte de los países que, tras el colapso de los regímenes comunistas, aprueban nuevas constituciones; "parece que existe una tendencia natural a optar por esta fórmula en sistemas de derecho codificado, de raíz romanista, donde los jueces carecen de las amplias atribuciones de sus colegas de *common law*, donde no rige el sistema de *stare decisis* y, por tradición, la idea de seguridad jurídica, de certeza del derecho, se ha vinculado con la primacía de la ley y el absoluto predominio de las fuentes de derecho escrito" (o. cit., p. 34).

interpretativas", precisando el exacto sentido de una norma constitucional, o concretando cuál ha de ser la lectura que ha de darse a un determinado precepto legal para considerarlo conforme a la Constitución.

Es cierto que el artículo 117 de la Constitución española declara que jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, están sometidos "únicamente al imperio de la ley", pero el artículo 164 de ese mismo texto indica que las sentencias del Tribunal Constitucional que "declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen efectos frente a todos". Si quedaba alguna duda al respecto la disipan, en el ordenamiento español, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a todos los jueces y tribunales interpretar y aplicar las leyes y reglamentos "según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Notas que obligan al juez constitucional a actuar con prudencia si no quiere correr el riesgo de restringir el significado de un precepto constitucional, o anular su flexibilidad impidiendo que eventuales mayorías parlamentarias lo concreten de la forma que consideren conveniente.

El esbozo de este panorama dispara las alarmas que alertan sobre la necesidad de reforzar y articular mecanismos que eviten las posibilidades de arbitrismo judicial, de politización de sus actuaciones, de libre e incontrolada creación del derecho por parte del Poder Judicial y nos conducen, una vez más, a lo que viene siendo considerado como núcleo de la Teoría del derecho: los problemas de interpretación.

3. El método jurídico como fuente de legitimidad de la actuación judicial

No cabe duda de que la protección del valor jurídico de la Constitución tiene mucho que ver con la teoría jurídica de la interpretación, pues sólo si se utilizan métodos jurídicos para analizar contenidos objetivos que van a ser aplicados con criterios también objetivos, podrá hablarse propiamente de un orden jurídico constitucional: "el carácter normativo de la Constitución implica la necesidad de que su interpretación se acomode a reglas válidas para la interpretación de cualquier norma jurídica. Esta necesidad recordada por Forsthoff […] no niega la existencia de modalidades típicas de cada sector del ordenamiento, pero tampoco puede eludirse apelando a estas modalidades e ignorando la indispensable estructura común".[17]

El esfuerzo por someter el poder al derecho, la construcción del Estado constitucional, resultaría estéril si al final ese derecho fuera aplicado arbitrariamente, sin criterios objetivos, por los jueces. El *government by laws, not by men* es garantía de seguridad, y resultaría paradójico que todos los intentos por sustituir el gobierno de

[17] Francisco Rubio Llorente en el prólogo al libro de Enrique Alonso: *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. xxv.

los hombres por el gobierno de las leyes desembocara en el gobierno de otros hombres que ni siquiera tienen la legitimación democrática que ostentan los miembros del Parlamento.

Sin embargo, la problemática de la interpretación jurídica, común a todas las ramas del derecho, se presenta con especial agudeza en el derecho constitucional por las peculiaridades de la Norma Constitucional, precisamente porque su estructura dinámica y fragmentaria permite un continuo acomodo a la realidad social, porque su alto grado de generalidad y abstracción pretende constituir un programa, un marco de apertura de posibilidades para el legislador, lo que nos reconduce al núcleo del problema: "la incorporación al texto constitucional de preceptos sustantivos (incorporación inexcusable en nuestro tiempo) ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta y esta libre actuación requiere en muchos casos (aunque no, claro es, en todos) que el enunciado de esos preceptos constitucionales permita un ancho haz de interpretaciones diversas. No de interpretaciones 'jurídicas', sino de interpretaciones políticas, es decir, de diversas maneras de entender el texto constitucional cuyos enunciados han de construirse, por tanto, con conceptos de valor de un alto grado de abstracción".[18]

La sujeción del legislador a la Constitución y la *judicialización* de tal sujeción, tienen como consecuencia, de una parte, que por muy amplia que sea la libertad del legislador siempre estará sometida a límites, y dichos límites "no serán otros que los establecidos por el juez a partir de la interpretación *jurídica* de los mismos preceptos constitucionales. Todo conflicto constitucional es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones, la del legislador y la del juez".[19]

La cuestión radica, entonces, en determinar si esas características específicas de los preceptos constitucionales permiten una verdadera interpretación jurídica y, en ese caso, con arreglo a qué criterios. En palabras del profesor Aragón, el control que realizan los órganos que aplican la Constitución sólo será jurisdiccional si la Constitución es (a pesar del carácter abierto de muchas de sus normas y, especialmente, de los valores y principios que formula) un parámetro objetivado; y sólo será un parámetro objetivado si existen criterios objetivos de interpretación.[20] De ahí que la doctrina haya centrado su atención en la búsqueda de esos criterios. En palabras del profesor Ángel Garrorena, "el hecho de que el Tribunal Constitucional no tenga por encima de él a ningún controlador no significa que su capacidad creadora de doctrina esté exenta de límites. Los tiene. Y, más, aún, libre de cualquier otro censor, el 'control' de tales excesos nos corresponde precisamente a nosotros", en referencia a la

---

[18] Rubio Llorente: "La interpretación…", o. cit., p. 609.

[19] Ibídem, p. 609.

[20] "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *REDC*, nº 17, 1986, pp. 106 y ss.

doctrina que ha de emanar de los estudiosos del derecho, particularmente del derecho constitucional.[21]

4. Derechos fundamentales, intervención judicial y ley

El riesgo de libre creación del derecho por parte del Poder Judicial existe no sólo cuando un Tribunal Constitucional dicta una sentencia interpretativa, en el sentido ya apuntado, sino que se materializa en todas aquellas ocasiones en las que los jueces ordinarios deben solucionar un conflicto entre derechos fundamentales, o entre éstos y otros bienes o valores constitucionalmente reconocidos.

La fórmula constitucional recogida en el artículo 53.1 CE, según la cual los derechos fundamentales "vinculan a todos los poderes públicos", se concreta, entre otros aspectos y según el mismo artículo, en que "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades". Este precepto, además de recordar la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, consagra una garantía que impide que normas infralegales ordenen el contenido de éstos y "limita la libre creación de Derecho por el Poder Judicial".[22] Es esta última idea la que interesa destacar ahora, pues el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la función de los jueces de proteger y garantizar cualquier derecho, particularmente los derechos fundamentales, sólo es posible si actúan sometidos al imperio de la ley.

Si analizamos la jurisprudencia ordinaria española desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, comprobamos cómo los tribunales han tenido que solucionar, *ad casum*, muchos conflictos entre derechos fundamentales sin que —según el año del que estemos hablando— existiese una doctrina constitucional sólida al respecto. Al hilo de esta práctica, el Tribunal Constitucional, lejos de prohibir al juez ordinario su labor de ponderación, se ha limitado a fijar algunas garantías que deben rodearla; de entre ellas destaca el desarrollo del principio de proporcionalidad.

Al comienzo de estas líneas se hacía referencia al problema de constitucionalidad que planteaban determinados medios de prueba ordenados por el juez penal durante la instrucción de la causa y que, sin estar detalladamente previstos por el legislador, podrían suponer una injerencia en el contenido de algún derecho fundamental del imputado. Asimismo, se apuntaba que quizá no se estaba frente a un problema de límite ilegítimo sobre el contenido constitucionalmente reconocido de un derecho, sino ante una colisión entre derechos fundamentales.

Los ejemplos pueden sucederse. Así y sin ánimo exhaustivo, pensemos en los múltiples supuestos en los que se produce una colisión entre el derecho al honor y la

---

[21] Ángel Garrorena Morales: "Encuesta sobre la orientación actual del derecho constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, UNED, p. 43.

[22] Jiménez Campo: o. cit., pp. 46 y ss.

libertad de expresión.[23] No existe una regla general que ordene al juez dar preferencia a uno frente a otro. La legitimidad de la actuación del juez va a depender sobre todo de que no sea arbitraria, es decir, que constituya una exigencia necesaria para preservar un derecho, valor o bien constitucionalmente protegido, y de que se imponga un sacrificio proporcionado sobre el resto de derechos, bienes o valores en juego. En estos casos se impone una especial exigencia de motivación, debiéndose plasmar expresamente las razones que condujeron al órgano jurisdiccional a limitar un derecho fundamental, doctrina que se mantiene hasta el año 1986, siendo paradigmática la STC 104/86.

Hasta esa fecha, el Tribunal Constitucional sólo exige a los tribunales ordinarios una ponderación razonable, expresa, entre ambos derechos en conflicto. Sin embargo, en sentencias posteriores, el Tribunal da un paso más y afirma la plena revisión en el recurso de amparo constitucional del razonamiento y la valoración de los intereses en juego realizados por los órganos de la jurisdicción ordinaria, pues la jurisprudencia del Alto Tribunal va fijando un elenco de reglas a aplicar en los supuestos de colisión entre los derechos fundamentales, reglas que pretenden ajustarse a criterios objetivos y, en esta línea, traslada y asume la sólida doctrina que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán dedujo primero del principio de Estado de derecho consagrado en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y más tarde "de la propia esencia de los derechos fundamentales" (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*).[24]

Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional ya no sólo exige del juez ordinario una motivación razonable y expresa, sino la estricta aplicación del principio de proporcionalidad que se configura, por tanto, como un procedimiento jurídico, una regla metodológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un *plus* de coherencia y, por tanto, de legitimación, y ello con independencia de la categoría jurídica dentro de la que decidamos clasificarlo: como principio general del derecho[25] o como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales.[26]

---

[23] Recogidos en la Constitución española en términos muy amplios. Así, el artículo 18.1 CE reza: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"; y el artículo 20.1 *a*, "Se reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de producción".

[24] GVerfG, vol. 19, pp. 342 y ss.

[25] Tal y como ha hecho en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional español (a modo de ejemplo, en la STC 50/95 lo define como un "principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad"); así como un importante sector de la doctrina, de entre los que se puede destacar: Nicolás González Cuellar Serrano: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 17.

[26] En la línea apuntada por Carlos Bernal Pulido: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 533, en una obra de obligada lectura y referencia, por su rigor y exhaustividad.

Otro ejemplo revelador lo encontramos en ciertos casos de confrontación entre el derecho a la libertad religiosa (artículo 16 CE)[27] y el derecho a la vida (artículo 15 CE),[28] que tienen lugar cuando para salvar la vida de un menor, miembro de los testigos de Jehová, el juez ordena una transfusión de plaquetas, aun en contra de la voluntad de los padres, quienes invocan sus postulados religiosos (artículo 16 CE). Son muchas las resoluciones del Tribunal Supremo (autos de 27 de septiembre de 1978, 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983) que reconocen el valor indisponible de la vida humana, resolviendo a favor del derecho fundamental a la vida el conflicto suscitado en estos supuestos en los que entra en colisión con el derecho a la libertad religiosa, destacando la preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás (STS 28 de marzo de 1990).

En este último caso no encontramos una previsión legal expresa que faculte al juez a ordenar dicha intervención corporal (transfusión de sangre forzosa). La Ley Orgánica 7/80, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, se limita a establecer en su artículo 3.1 lo que, en definitiva, ya se desprende de una correcta interpretación sistemática de la Constitución: que "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público […]". De manera que la opción por uno u otro derecho fundamental va a ser una decisión jurisprudencial, el juez va a limitar —en este caso anular— el ejercicio de un derecho fundamental en defensa de otro, aun cuando no existe ninguna relación jerárquica prevista constitucionalmente entre los distintos derechos fundamentales.

Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto (STC 154/2002),[29] y al margen de las interesantes cuestiones que se tratan en esta resolución —dictada por el pleno del Tribunal— importa señalar aquí que en ningún momento se cuestiona la legitimidad del auto judicial que autoriza a los médicos la práctica de la transfusión. En palabras del Tribunal: "la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias

---

[27] Artículo 16 CE: "Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley"

[28] Artículo 15 CE: "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

[29] Anulando sendas sentencias del Tribunal Supremo por las que se condenaba por un delito de homicidio a los padres de un menor de 13 años —todos ellos testigos de Jehová— que falleció como consecuencia de su reiterada negativa a que se le practicara una transfusión de sangre.

religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual la vida es un valor superior del ordenamiento jurídico (SSTC 53/85 y 120/90)" (FJ 12). De manera que el Tribunal admite la ponderación de derechos que lleva a cabo el juez, y la admite tras comprobar que supera un riguroso test de proporcionalidad.

Volvemos al núcleo del problema sobre el que se pretende reflexionar desde estas líneas. Sin duda esta necesaria ponderación puede tener su origen en una falta de ajuste legislativo, en una cierta carencia del sistema "que demanda con claridad, que la labor de integrar armónicamente los enunciados constitucionales se realice, ante todo, por los órganos en donde pueda expresarse la autodeterminación de los ciudadanos sobre su *status*".[30] Pero mientras el legislador no cumpla su función integradora —y ya se ha dicho que, en ocasiones, es muy difícil llevarla a cabo con exhaustividad—, creo que del principio de unidad de la Constitución se desprenden mecanismos alternativos que habilitan al juez para resolver la colisión de derechos fundamentales, lo que en ningún momento significa que se le esté otorgando un poder de *configuración* sobre su contenido, facultad que sólo se otorga *ex constitutione* al legislador, y en todo lo que no suponga menoscabo de su contenido esencial.[31]

Resta entonces determinar qué garantías han de rodear a esta función jurisdiccional de aplicación de límites no previstos expresamente en un texto legal —pero no por ello inexistentes—, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad y, sobre todo, para respetar escrupulosamente el mandato constitucional previsto en el artículo 117 CE. El principio de proporcionalidad va a constituir una pieza clave en orden a garantizar la constitucionalidad de la actividad limitadora de juez.

5. El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez

Estamos ante un principio que es asumido por la jurisprudencia española influida, como en tantos otros ámbitos, por la doctrina y jurisprudencia alemanas,[32] y que

---

[30] Javier Jiménez Campo: "El legislador de los derechos fundamentales", en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Oviedo, 1993, p. 505.

[31] De ahí que resulten tan certeras las palabras de Jiménez Campo cuando afirma que sobre los aplicadores del derecho pesan, en todo caso, exigencias de motivación y también —en la medida en que su resolución no venga predeterminada por la ley—, de proporcionalidad en la afectación de los derechos fundamentales, pero no un límite que, como el que impone el respeto del contenido esencial, adquiere sólo sentido por referencia a la prerrogativa de configuración que sólo tiene el legislador (ibídem, p. 505).

[32] Cf. Ernesto Pedraz Penalva: "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal/Iure, 1990, pp. 347 y ss; Manuel Medina Guerrero: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales,* o. cit., pp. 118 y ss.; Javier Barnés Vázquez señala, no obstante, que la recepción del principio por la jurisprudencia española ha sido imprecisa e incompleta "con frecuencia su contenido se ha visto reducido en la mejor de las hipótesis a la denominada proporcio-

constituye "una de las máximas jurídicas fundamentales cuya expansividad e ilimitada virtualidad en casi todos los ámbitos del Derecho no encuentra parangón alguno".[33]

Así, una regla que tiene su origen en el derecho administrativo —concretamente en el derecho policial, como técnica para controlar los poderes discrecionales de la Administración—, pasa a convertirse en Alemania en uno de los pilares del Estado de derecho,[34] y recibe de manos del Tribunal Constitucional alemán, desde sus primeras sentencias, el rango de "principio constitucional", al mantener que hay máximas constitucionales que, como es el caso, no se encuentran expresamente escritas.[35] Rango constitucional que hoy no se cuestiona; acaso es objeto de polémica la forma de derivarlo del texto constitucional, aunque la opinión más generalizada, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, considera que tiene su origen en la cláusula del Estado de derecho (artículos 20, 28.1 GG) y en la noción de justicia.[36] Lo que en ningún modo se cuestiona es que constituye una exigencia que afecta a toda intervención estatal (BverfGE 38, 348 [368]; 23, 127 [133]).

Nos encontramos, por tanto, ante un principio de naturaleza sustantiva, íntimamente ligado a la noción de justicia pero, como se verá, suficientemente articulado como para constituir un importante parámetro de constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando la actuación de éstos recae sobre el ejercicio de derechos fundamentales, porque la proporcionalidad se consagra como criterio ponderativo, como criterio que se identifica con lo razonable.

La sentencia sobre almacenamiento de petróleo (BVerfGE 30, 292) es una de las primeras en las que el Tribunal Constitucional alemán expone una más completa definición de la proporcionalidad en sentido amplio, al declarar que el medio previsto por el legislador ha de ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograse el resultado deseado, y es exigible cuando el

---

nalidad en sentido estricto, formulada en términos muy simples: relación razonable entre los medios empleados y la finalidad perseguida", afirmación que ilustra con la referencia a diversas sentencias, para más adelante matizar que "no faltan tampoco sentencias en las que es posible detectar una mayor precisión y analogía con aquella concepción" (cf. "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *RAP,* nº 135, 1994, pp. 531 y ss.).

[33] Ernesto Pedraz Penalva y Victoria Ortega Benito: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal/Iure, Madrid, 1990, p. 280.

[34] Para Barnés Vázquez apenas hay investigación doctrinal en el ámbito del derecho público alemán que pueda excluir su estudio, sobre todo a partir de la famosa sentencia sobre farmacias de 1958 (BverfGE 7, 377), que ha dado lugar a una dilatada jurisprudencia en la que el principio de proporcionalidad forma parte del parámetro de control normal de enjuiciamiento de leyes (cf. o. cit., p. 499).

[35] BVerfGE 35, 263, 279; 8, 210, 221. Cf. Pedraz Penalva: o. cit., p. 314.

[36] Véase Barnés Vázquez: o. cit., p. 501. También puede consultarse al respecto: Maunz, Dürig, Herzog: *Grundgesetz kommentar*, Múnich, 1989, § 1, artículo 2, p. 52 (Dürig), artículo 19, p. 4 (Herzog), y artículo 20, p. 12 (Herzog).

legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental.[37]

También Medina Guerrero analiza con detenimiento los tres principios en los que la doctrina alemana ha concretado el principio general de proporcionalidad: el de adecuación (*Grundsatz der Geeignetheit*), el de indispensabilidad (*Grundsatz der Erforderlichkeit*), y el de proporcionalidad en sentido estricto (*Grundsatz der Verhältnismabigkeit im engeren Sinne*).[38]

El primero exige la adecuación medio-fin en que toda restricción de un derecho fundamental se estructura; no es suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental protegido —tal sería el caso de los límites inmanentes—, sino que es necesario que la limitación que sufre el derecho resulte apropiada para lograr el fin que lo justifica. En palabras Tribunal Constitucional federal: "un medio es adecuado cuando con su auxilio puede favorecerse el resultado perseguido".[39]

Pero el límite también ha de someterse a las exigencias del principio de indispensabilidad, esto es, no ha de existir "otra medida limitadora igualmente efectiva pero de menor incidencia en el derecho fundamental de los afectados",[40] y, por último, al principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido",[41] lo que para el Tribunal Constitucional alemán supone la exigencia de armonizar el sacrificio, adecuado e indispensable, que supone para el particular, con el beneficio que éste genera para la colectividad.

En resumen, cualquier injerencia en el contenido de los derechos fundamentales ha de someterse al *test de proporcionalidad* que dimana del propio Estado de derecho y del principio de unidad de la Constitución y, en consecuencia, sólo es posible limitar el

---

[37] Pedraz Penalva y Ortega Benito llevan a cabo un pormenorizado análisis de estos tres principios. Así, un medio se considera adecuado al fin "cuando significativamente contribuye a la obtención del *resultado apetecido*" (BVerfGE 30, 292, 316, también 39, 210, 230, etc.); el Tribunal Constitucional federal únicamente niega o declara inconstitucional la exigibilidad de un medio cuando es claro desde el principio que puede recurrirse a otro igualmente eficaz pero menos lesivo, o cuando se comprueba *ex post* que el mismo objetivo habría podido alcanzarse con un medio menos restrictivo (BverfGE 30, 292, 320 y ss); por último, el principio de proporcionalidad *stricto sensu* connota la prohibición de sobrecargar al afectado con una medida que para él represente una exigencia excesiva, sin que con ella, además, se vea favorecido el interés general, medio y fin aparecen como dos variables que no pueden estar en evidente desproporción (BverfGE 30, 292, 320 y ss.), el BverfG se circunscribe a verificar negativamente si la medida es inadecuada y provoca una lesión que está en abierta desproporción con el resultado, de manera que el legislador no está obligado a hacer uso del medio óptimo (BverfGE 17, p. 305; 20, p. 150). cf. "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", o. cit., pp. 293 y ss.

[38] *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales,* o. cit., pp. 120 y ss.

[39] BverfGE 39, 210 (239). Cf. ibídem, p. 120.

[40] BverfGE 39, 210 (230). Cf. ibídem, p. 121.

[41] BverfGE 35, 382 (401). Cf. ibídem, p. 121.

contenido de un derecho fundamental cuando sea necesario para la protección de otros derechos fundamentales, o de bienes constitucionalmente reconocidos.

Este *test de proporcionalidad* pronto traspasa las fronteras alemanas y es incorporado por la jurisprudencia comunitaria.[42] La proporcionalidad se convierte en un principio general del ordenamiento que no aparece recogido expresamente hasta el Tratado de Maastricht (artículo 3B TUE), pero que va a afectar a todos los ámbitos del derecho comunitario, utilizándose como *ratio decidendi* en dos planos diferentes: en el del ejercicio de competencias comunitarias (con el fin de reducir la intensidad de la intervención comunitaria en aras de una mayor libertad de los Estados miembros), y en el de los derechos comunitarios, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde constituye un canon de control para revisar la licitud de toda restricción de derechos y libertades.[43]

Por otro lado, es conocida la profusa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, pues desde su sentencia de 16 de diciembre de 1976 (caso *Handyside*) ha declarado que el principio de proporcionalidad se desprende del adjetivo "necesario" contenido en el artículo 10.2 CEDH, y a este texto habría que sumar otros tratados internacionales relativos a derechos humanos suscritos por España[44] que, como establece el artículo 10.2 CE, constituyen un importante parámetro de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas de nuestra Constitución.

El Tribunal Constitucional español no ha sido ajeno a esta corriente doctrinal y jurisprudencial, y a pesar de que este principio no aparece recogido expresamente en la Constitución, ha declarado que "al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho, cuya condición de canon de consti-

---

[42] Desde la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de diciembre de 1970 (*Internationale Handelgesellschaft*, asunto 11/70, Rep. 70, 1125).

[43] Cf. Barnés Vázquez: o. cit., p. 517 y ss., donde se analiza con detenimiento la aplicación del principio en el ámbito de la tutela de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario. Sobre los orígenes de la asunción de este principio como principio general del derecho comunitario europeo, derivado de los distintos ordenamientos de los Estados miembros, particularmente de la República Federal Alemana, véase Diego López Garrido: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Madrid, 1987, p. 141; Mar Jimeno Bulnes: "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *RDP*, UNED, nº 0, 1987, pp. 145 y ss., y Paloma Biglino Campos: "De qué hablamos en Europa cuando hablamos de derechos fundamentales", *Revista de estudios políticos*, nº 97, julio-septiembre 1997, p. 94.

[44] Así, por ejemplo, el principio de proporcionalidad se desprende del artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977); y también del artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 (BOE nº 103, de 30 de abril de 1977). Sobre algunos aspectos de la aplicación del principio por el TEDH: Eduardo García de Enterría: "El principio de proporcionalidad en la extradición", *Revista del Poder Judicial*, nº 15, 1989, pp. 35 y ss.

tucionalidad […] tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones procedan éstas de normas o resoluciones singulares" (STC 85/92, FJ 4º).

Es significativa la referencia que en esta cita se hace a las *resoluciones singulares*, de donde parece desprenderse que este principio, *inherente del Estado de derecho y canon de constitucionalidad*, no sólo va a legitimar en nuestro ordenamiento jurídico el establecimiento de límites por parte del legislador, cuando se trata de armonizar bienes y derechos constitucionales en colisión, sino que también va a proyectarse sobre la labor del juez cuando ha de dirimir conflictos entre dichos bienes y derechos. Es verdad que esta tarea de *optimización* no puede derivar en el otorgamiento de una facultad discrecional al juez a la hora de limitar los derechos fundamentales en juego. Al juzgador no se le otorga una suerte de participación en la política legislativa, pues en estos casos el Poder Judicial sigue sometido al ordenamiento jurídico, como no podía ser de otro modo, y por ello ha de ceñirse precisamente, dada la falta de una detallada previsión legal, al principio de proporcionalidad que se desprende del propio texto constitucional, y que se constituye así, insisto, en parámetro de constitucionalidad de la actividad limitadora del juez:

> […] la resolución judicial que reconoce, excluye o pondera derechos de este carácter no goza, llegado su control, del margen de autodeterminación que sí merece la legislación, limitada, pero también protegida, a través de la idea de contenido esencial (artículo 53.1 CE), y ello a pesar de que esta última idea se trae con frecuencia a colación —erróneamente como diré— al enjuiciar resoluciones judiciales (SSTC 12/81, FJ 4º; 13/84, FJ 4º: 41/94, FJ 3º y, junto a otras, 164/96, FJ 3º). No ha de existir, en todo caso, nada parecido a una "política de derechos fundamentales" del Poder Judicial.[45]

Pues bien, hasta la STC 66/95 es muy difícil identificar un solo pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en el que aparezcan conjuntamente utilizados los tres *subprincipios* en que tradicionalmente se ha desglosado el principio general de proporcionalidad,[46] pero la idea de proporcionalidad ha sido utilizada de modo recurrente en la jurisprudencia constitucional, sobre todo unida a la de *razonabilidad,* en los casos en que se plantea un problema de igualdad ante la ley (SSTC 75/83, 209/88, 158/93, entre otras muchas). El principio de proporcionalidad también ha sido utilizado para *justificar* los límites impuestos a determinados derechos fundamentales; así ocurre con bastantes sentencias relativas a los límites del derecho a la tutela judicial efectiva: "[…] siendo el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente para la confrontación entre el artículo 170 de la Ley de Procedimiento Laboral y el artículo 24.1 CE" (STC 3/83, FJ 4º); o en el fundamento jurídico segundo de la STC 66/91: "no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que por adecuadas, contribuyan a la

---

[45] Jiménez Campo: *Derechos fundamentales*..., o. cit., p. 58.

[46] Tal y como advierte Medina Guerrero: o. cit., p. 123.

consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan […]";[47] o en relación con la prueba de paternidad: "la medida judicial que ordena realizar pruebas biológicas debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física y moral […]. Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial" (STC 7/94 FJ 3º), entre otras muchas.

Como es lógico, no se pretende desde estas líneas llevar a cabo un estudio exhaustivo de la proporcionalidad. Lo que interesa subrayar es que el principio que nos ocupa no sólo es utilizado por el Tribunal Constitucional para examinar la constitucionalidad del contenido de la ley,[48] sino que es un instrumento imprescindible para controlar la actuación del juez penal a la hora de ponderar distintos derechos fundamentales y bienes constitucionales que entran en conflicto.[49]

6. A modo de conclusión

No se trata, por supuesto, de caer en una suerte de inseguridad jurídica, dotando al juzgador de la facultad de limitar derechos fundamentales fuera de toda previsión normativa, pero creo que hay que aceptar que la labor de ponderación es para el juez en muchos casos ineludible, precisamente porque, al encontrase sometido al "imperio de la ley", es garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en el texto constitucional (texto normativo, directamente aplicable en defecto de ley de desarrollo) y está obligado a solucionar, cuando el caso concreto del que esté conociendo así lo requiera, los posibles conflictos entre derechos fundamentales que

---

[47] Barnés Vázquez hace dos observaciones respecto de la aplicación de este principio en relación con el artículo 24 CE: a) el principio de proporcionalidad se proyecta en el plano de la aplicación e interpretación de la legalidad procesal, frente al órgano jurisdiccional; y b) se alude exclusivamente a la proporcionalidad en sentido estricto. Siendo copiosa la jurisprudencia constitucional que exige que las sanciones acordadas por el juez o tribunal por defectos procesales guarden una adecuada y razonable proporción con la gravedad del defecto en que se ha incurrido (SSTC 175/88; 243/88; 21/89; 33/90;190/90; 164/91; 72/92; 193/93, entre otras). Cf. o. cit., p. 531.

[48] Un ejemplo interesante lo encontramos en la STC 136/99, dictada a raíz del recurso de amparo presentado por los miembros de la Mesa de Herri Batasuna contra su condena por delito de colaboración con banda armada, en la que se afirma la posibilidad de control constitucional del legislativo por la vía de comprobar que ha respetado en sus decisiones el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas. Este pronunciamiento cuenta con tres extensos votos particulares.

[49] Como ya se ha dicho, un estudio en profundidad lo realiza Carlos Bernal Pulido. En opinión de este autor, este principio admite varias fundamentaciones complementarias que dan cuenta del nexo del principio de proporcionalidad con el carácter jurídico de los derechos fundamentales, con el valor justicia del artículo 1.1 CE, con el principio del Estado de derecho del artículo 1.1 CE y con el principio de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE (o. cit., pp. 594 y ss.). En todo caso, "refinar la estructura del principio de proporcionalidad […] o, por el contrario, intentar construir una mejor alternativa metodológica, son los retos que se abren paso en el siglo que comienza, en este ámbito de la teoría de los derechos fundamentales" (o. cit., p. 806).

entren en colisión. Esta operación dista mucho de poder calificarse como límite arbitrario de un derecho fundamental siempre que se lleva a cabo utilizando un método jurídico, de acuerdo con criterios objetivos: "[…] los conflictos entre intereses constitucionalmente protegidos deben resolverse dentro de la Constitución, concebida como una unidad normativa que garantiza un sistema básico de valores" (STC 196/87, FJ 6º).

En definitiva, sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho, o ante los que de manera mediata o indirecta de ella se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, pueden ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981, FJ 7; 2/1982, FJ 5; 110/1984, FJ 5). Debe tenerse en cuenta además que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho "más allá de lo razonable" (STC 53/1986, FJ 3), de modo que "todo acto o resolución" que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean "necesarias para conseguir el fin perseguido" (SSTC 62/1982, FJ 5; 13/1985, FJ 2), y ha de atender a la "proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone" (STC 37/1989, FJ 7) y, en todo caso, respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, FJ 10; 196/1987, FFJJ 4, 5, 6; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse.

En suma, el principio de proporcionalidad, cuyo contenido está perfectamente especificado por nuestra jurisprudencia constitucional, se convierte así en un test sobre la correcta utilización de un método jurídico basado en criterios objetivos y razonables; un test sobre el correcto sometimiento del juez al derecho, lo que otorga a su actuación la seguridad jurídica que se pierde por la omisión del legislador.

Humberto Nogueira Alcalá (Chile) *

Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa

1. La autodeterminación informativa forma parte del derecho al respeto de la vida privada

El registro de antecedentes y datos y su utilización adecuada han servido para la vigencia de diversos derechos fundamentales y para el desarrollo de la sociedad.

Sin embargo, el desarrollo de la telemática, que constituye la conjunción de las telecomunicaciones con la informática y que constituye el conjunto de servicios de naturaleza informática que pueden ser prestados a través de una red de comunicaciones,[1] presenta, junto con el progreso y sus aportes al desarrollo de las sociedades, riesgos importantes para el respeto de la vida privada e intimidad de las personas, por su capacidad de reunir datos, interrelacionarlos, ordenarlos, posibilitando el acceso a ellos y a transmitirlos, de manera de constituir importantes bases de datos con información de las personas tanto en manos del Estado como de particulares, con desconocimiento de los afectados.

El registro, procesamiento, entrecruzamiento, organización y transmisión de datos constituye una información valiosa para todo tipo de toma de decisiones económicas, políticas, sociales, empresariales; las bases o registros de datos personales implican la posibilidad de develar aspectos de la vida privada de las personas, haciendo ilusorio su derecho a la privacidad, lo que exige su regulación por el ordenamiento jurídico.

---

* Abogado; doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva (Bélgica). Profesor titular de Derecho Constitucional y director del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. ‹nogueira@utalca.cl›

[1] Olga Estadella Yuste: L*a protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 13.

Como señala Losano, en el plano informático, el computador u ordenador, a través del "software aplicativo", se ha convertido para sus usuarios en el delator perfecto de informaciones sin que el titular de ellas llegue a enterarse, ya que el usuario se encuentra registrado, observado y puesto en un acuario de cristal, lo que se ha denominado *síndrome del pez rojo*.[2]

Así, los problemas desarrollados por la revolución informática y telemática encuentran su paralelismo con los provocados por la difusión de informaciones por los medios de comunicación tradicionales, que pueden afectar el derecho a la vida privada. Sin embargo, la primera adquiere características particulares, ya que no sólo se trata de controlar, reducir o anular la difusión de informaciones que afecten la privacidad de las personas, sino también de determinar quién se encuentra estructurando bases de datos personales accesibles a terceros, para qué fines han sido creadas, qué tipos de datos se registran, todo ello con objeto de controlarlos.

De esta forma, los Estados se han preocupado de determinar los límites legítimos dentro de los cuales puede concretarse la actividad de obtención, tratamiento y difusión o comunicación de datos personales y el derecho de acceso a la información pública que forma parte del derecho a la libertad de buscar y difundir información.

Se trata, por tanto, de conjugar armónicamente los derechos a la libertad de buscar y difundir información y el derecho al respeto de la vida privada en el contexto de la informática y la telemática.

El esfuerzo a realizar es el de compatibilizar y armonizar el derecho a la información y a la privacidad, autodeterminación informativa y buena reputación en la senda del desarrollo y bienestar de las personas.[3]

En este contexto, debe considerarse, por una parte, la *libertad de información* que incluye la búsqueda y difusión de informaciones sin límites arbitrarios y sin censura, como asimismo la *libertad informática*, constituida por el derecho de recolectar y almacenar toda la información cuyo conocimiento y registro no esté prohibido por el ordenamiento jurídico por motivos razonables, fundados en la protección de los derechos de las personas o en bienes jurídicos constitucionales.[4]

En el concepto de respeto de la vida privada se incluyen datos que a primera vista pueden ser irrelevantes desde la perspectiva de protección de la privacidad de la persona, pero que, en conexión con otros datos, considerados en su conjunto, pueden hacer totalmente transparente la personalidad de un individuo. Es lo que la doctrina ha denominado la *teoría del mosaico*: "al igual que ocurre con las pequeñas piedras

---

[2] Mario Losano: *Il diritto pubblico dell'informatica*, Einaudi, 1986, p. 13 (citado por Sentencia de Corte Constitucional Colombiana, T-414/92).

[3] Rodolfo Daniel Uicich: *Los bancos de datos y el derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, p. 26.

[4] Ver Óscar Puccinelli: *El hábeas data en Indoiberoamérica*, Santafé de Bogotá, Temis, 1999, pp. 25-26.

que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado".[5]

El derecho al respeto de la vida privada de las personas tiene, además de su naturaleza de derecho de defensa, el de garantía institucional del *pluralismo y del sistema democrático*.

La democracia se desarrolla y justifica en el respeto de la privacidad de las personas que forman parte de ella, ya que sólo desde el ámbito de reconocimiento de la vida privada y autonomía de cada ciudadano puede construirse una sociedad democrática y libre.

El respeto de la vida privada o de la intimidad se proyecta en el ámbito de los registros de informaciones manuales e informáticos, que permiten socializar esa información develando ámbitos de la privacidad de las personas.

En tal perspectiva, el respeto a la vida privada e intimidad de las personas adopta un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona; un derecho a la autodeterminación informativa, lo que requiere que las personas puedan conocer la existencia de los ficheros o archivos de registro de información, públicos o privados, sus finalidades y los responsables de ellos, de manera que las personas concernidas puedan conocer los datos contenidos en dichos archivos o ficheros sobre su propia persona, teniendo el derecho de autorizar su recolección, conservación, uso y circulación, como asimismo, el derecho a actualizarla, rectificarla o cancelarla.

La persona es la única que puede autorizar el uso de información respecto de su vida privada; el derecho de autodeterminación informática faculta a las personas a decidir básicamente por sí mismas cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones o aspectos de su vida privada.

Ello exige que el Estado intervenga positivamente en la materia resguardando este derecho de autodeterminación informativa y estableciendo garantías jurisdiccionales que lo protejan, como ocurre, por ejemplo, con la acción de hábeas data en el derecho comparado.[6]

2. El derecho a la protección de datos de la vida privada de las personas o autodeterminación informativa

El derecho a la protección de datos puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas destinadas a asegurar a las personas el respeto de sus derechos,

---

[5] Fulgencio Madrid, 1984, p. 45.

[6] Véase Humberto Nogueira Alcalá: "Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del hábeas data", en *Ius et Praxis*, año 3, nº 1, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), 1997, p. 265.

especialmente del derecho a la vida privada e intimidad ante el tratamiento automatizado de los datos personales.

2.1. Los principios internacionales elaborados por las Naciones Unidas para proteger la vida privada y la intimidad de las personas de injerencias arbitrarias de carácter tecnológico

El documento del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas E/CN 4/1990/72, de 20 de febrero, recoge la versión revisada de los "Principios rectores para la reglamentación de los ficheros informatizados que contienen datos de carácter personal", elaborada por la Comisión de Derechos Humanos y preparada por Louis Joinet, relator especial. El documento lleva el título *Derechos humanos y desarrollos científico y técnico.*

El campo de aplicación de estos principios abarca *los ficheros públicos y privados,* con la posibilidad de extensión a los ficheros manuales.

Los principios que se proponen en ese proyecto son:

Principio de licitud y de lealtad. La utilización de los ficheros o bases de datos no puede ser contraria a los propósitos y principios de las Naciones Unidas (deportaciones, matanzas, genocidios). Los datos no pueden ser obtenidos o tratados por procedimientos ilícitos o desleales.

Principio de exactitud. Veracidad de los datos y que sean completos y puestos al día periódicamente.

Principio de finalidad. Datos pertinentes a la finalidad perseguida. Que no sean utilizados ni difundidos, salvo acuerdo, con fines incompatibles con el objeto del fichero. Que no se conserven los datos personales más allá del tiempo necesario para cumplir su finalidad.

Principio de acceso. El interesado tiene el derecho de saber si los datos que se refieren a él son conformes con el objeto del fichero. Debe tener acceso de forma inteligible, sin demora ni gastos excesivos. Tiene derecho a obtener las rectificaciones o destrucciones de los datos indebidos (ilícitos, injustificados, inexactos). Cuando se transmitan datos, tiene derecho a conocer los destinatarios.

Régimen de recursos. Debe preverse un régimen de recursos ante la autoridad de control. En caso de rectificación, los gastos serán de cargo del responsable del fichero.

Principio de no discriminación. Significa la prohibición de informaciones sensibles cuya utilización pueda engendrar una discriminación ilegítima o arbitraria.

Estos principios, salvo el de no discriminación, pueden ser derogados tan solo cuando así sea necesario para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moralidad públicas y especialmente los derechos y libertades de los demás.

Pero tales derogaciones han de estar expresamente previstas por ley o por reglamentación equivalente.

Las derogaciones al principio de no discriminación deben hacerse con las mismas garantías y no podrán ser autorizadas más que dentro de los límites previstos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación.

*Principio de seguridad***.** Se refiere a la protección de los ficheros contra riesgos naturales y humanos (acceso no autorizado, utilización indebida de datos o contaminación por virus).

Control y sanciones. Debe existir una autoridad que, conforme con el sistema jurídico interno, controle el respeto a los principios señalados. Esta autoridad deberá ser imparcial e independiente respecto a las personas u organismos responsables del tratamiento de los datos y de su utilización y tener la adecuada competencia técnica.

Deben, también, preverse las sanciones penales o de otro tipo y los recursos individuales pertinentes.

Junto con los principios rectores, se encuentra la llamada *cláusula humanitaria,* que posibilita excluir la prohibición de registrar datos sensibles, con el objeto de permitir a las organizaciones no gubernamentales (ONG) especializadas en proteger a las personas perseguidas como consecuencia de un trato discriminatorio, basado en el origen racial, la religión, opiniones políticas, entre otras.

A su vez, la ONU estableció la resolución 45/95 de 14 de diciembre de 1990, "Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados en datos personales".

2.2. La legislación nacional en Estados Unidos de Norteamérica y en Europa

La mayor parte de los Estados democráticos, conscientes de este problema, han desarrollado leyes de protección de la información personal contenida en bases de datos o en ficheros informáticos de cualquier tipo.

En el ámbito norteamericano aparece el primer modelo sobre la materia, configurándose un conjunto sistemático de normas que regulan el manejo de bancos o registros de datos informatizados. Tales disposiciones son recogidas en dos leyes, el *Freedom of Information Act de 1966* y en la *Privacy Act de 1974.* En tales cuerpos normativos se regula la revelación y transmisión e informaciones y los derechos de acceso, rectificación o modificación de informaciones ya existentes a través de la jurisdicción ordinaria.

En Europa la primera legislación esta dada por la *Data Lag* de 1973 de Suecia; la ley n° 78-17, de 6 de enero de 1978, modificada por la ley 79-587 de 1979 sobre informática, ficheros y libertades, y la ley 79-18 de 1979 sobre archivos, donde se regula entre otras materias el acceso a los archivos públicos de Francia; la *Federal Data Protection Act* de 8/6/78 de Dinamarca; la ley 9/6/78 de Noruega; la *Data and Computer Processing Act* de 1979 de Luxemburgo; la ley de 12 de julio de 1984, sobre protección de datos, de Gran Bretaña; la ley 10/91 de protección de datos per-

sonales frente a la informática y promulgada el 9 de abril de 1991 de Portugal; la *Legge di tutela delle persone a di altri sogetti rispeto al trattamento dei dati personali de 1996* de Italia, la ley orgánica n° 1, de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como asimismo, la ley sobre protección de datos de carácter personal 15/1999 de España; entre otros.

En líneas generales, toda la legislación sobre la materia responde a unos mismos principios, recogidos a su vez de la *Convención del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal,* de 1981.

Estos principios son susceptibles de ordenarse en tres grupos:

a) *Derechos de los individuos:* derecho a conocer la existencia de un fichero que contenga información sobre uno mismo; derecho de acceso al fichero; derecho a exigir la corrección de los datos erróneos.

b) *Responsabilidades de los titulares del fichero o base de datos:* recolección imparcial y legal de los datos; garantía de que la recopilación y el almacenamiento de los datos se realiza con una finalidad legítima y concreta, y que la información no se empleará con fines ajenos a los indicados; adecuación entre los objetivos a alcanzar con la configuración del fichero y el número y la calidad de los datos recopilados; exactitud de los datos y, cuando sea necesario, puesta al día de éstos.

c) *Deberes de los usuarios:* fácil identificación del responsable del fichero, gratuidad en el acceso a los ficheros por parte del particular afectado; notificación inmediata de cualquier modificación que se realice; instauración de un régimen de recursos y sanciones.

Junto con estos elementos comunes, las legislaciones nacionales presentan, sin embargo, ciertas diferencias; así, por ejemplo, algunas de ellas atienden no sólo a las bases de datos automatizados sino también a los ficheros manuales.

Otro factor de diferenciación importante está relacionado con el tema del *registro*. En atención a este aspecto, puede distinguirse entre el *modelo sueco* y el *modelo alemán.*

Las leyes inspiradas en la normativa sueca de 1973 establecían un registro central de todos los bancos de datos del país y creaban una Autoridad de Protección de Datos con amplísimas potestades de control sobre los responsables de cada fichero, como ocurre también en el caso español y en la mayoría de las legislaciones europeas.

La legislación alemana parte del principio de la autorregulación, de forma que basta que la ley permita la creación del fichero y que los particulares hayan dado su consentimiento para que el banco de datos quede constituido. Las compañías que los creen tienen la obligación de designar un contralor de datos de la propia compañía, y ésta será la única autoridad competente para supervisar las actuaciones del fichero en cuestión.

2.3. La normativa sudamericana

En el ámbito sudamericano, la regla general ha sido seguir un camino distinto del norteamericano y europeo, estableciendo para la defensa del derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos privados algunos medios procesales específicos, ya sea a través de la generación constitucional de la acción de hábeas data o la utilización de la acción constitucional de amparo o tutela como medio procesal idóneo para tal objetivo.

La excepción la constituye en esta materia el caso chileno, el que ha optado por establecer una ley de protección de datos y un procedimiento judicial específico.

En el constitucionalismo sudamericano, diversas Cartas Fundamentales de las últimas dos décadas del siglo XX incorporan en sus ordenamientos el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática y la institución del hábeas data; tal es el caso de Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Argentina, Ecuador, Venezuela.

En tales Constituciones el hábeas data es regulado junto con las acciones de hábeas corpus y de amparo o tutela, como garantías jurisdiccionales protectoras de la vida privada, intimidad, imagen y honra o buen nombre de las personas.

En Brasil, el artículo 5°, numeral LXXII de la *Constitución de 1988* determina:

> LXXII. Se concede hábeas data:
> a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante contenida en registros o bancos de datos, de entidades gubernamentales o de carácter público;
> b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto o de carácter judicial o administrativo.

A su vez, es necesario tener presente en el mismo artículo 5°, el numeral LXVII, que establece la gratuidad de las acciones de hábeas corpus y hábeas data.

Luego, cronológicamente, será la *Constitución colombiana de 1991* la que en su artículo 15, junto con asegurar el derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre, afirmará el derecho de hábeas data en los siguientes términos:

> De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

Para la protección de este derecho fundamental se utiliza la acción de tutela, según dispone el artículo 42 del decreto 2591 de 1991, que constituye la acción constitucional protectora de los derechos fundamentales en el constitucionalismo colombiano, donde a su vez, la Corte Constitucional ha contribuido a delinear y desarrollar el hábeas data. La Corte Constitucional ha definido el *hábeas data* como:

> […] el derecho que asiste a todas las personas para "conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas", de modo que el individuo disfruta de la posibilidad jurídicamente garantizada de tener acceso a la información acopiada en los referidos

> bancos y archivos, y asimismo de la prerrogativa de solicitar y obtener la rectificación y actualización de informaciones inexactas, erróneas o ya no coincidentes con la realidad, mediante la introducción de las correcciones, aclaraciones o eliminaciones pertinentes.[7]

En *Paraguay, la Constitución de 1992*, en el artículo 135, precisa:

> Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.

La *Constitución peruana de 1993*, en su artículo 2, referente a los derechos fundamentales de las personas, estipula en su numeral 5° el derecho "a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional"; a ello se agrega el numeral 6° que dispone el derecho de las personas "A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar". A su vez, el artículo 200, referente a garantías constitucionales, junto con regular en el numeral 1° la acción de hábeas corpus y en el 2° la acción de amparo, regula en el numeral 3° la acción de hábeas data en los siguientes términos:

> La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5 y 6° de la Constitución.

El *Código Procesal Constitucional* recientemente aprobado en 2004, en su título IV regula el proceso de hábeas data, señalando que el procedimiento será el mismo que el previsto en el Código para el proceso de amparo, salvo la exigencia de patrocinio de abogado, que es facultativa en este proceso. Además se faculta al juez para adaptar el procedimiento a las circunstancias del caso.

La *reforma constitucional argentina de 1994*, en el artículo 43, párrafo 3°, regula el hábeas data en conjunto con el hábeas corpus y la acción de amparo, como una subespecie de esta última, en los siguientes términos:

> 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.

Para hacer operativo el hábeas data en Argentina se utiliza en términos generales y en principio el procedimiento de la acción de amparo previsto en la ley 16.986, en la medida en que esta institución se considera una variable de dicha acción cons-

---

[7] Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-354/1993.

titucional, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias producto de las peculiaridades propias del hábeas data.

En *Ecuador*, la institución se introduce a través de la *reforma constitucional de 1996*, de acuerdo con el texto actual reformado en 1998, que es el texto actualmente vigente, el cual en su capítulo 6° ("de la garantía de los derechos"), regula el hábeas data en su artículo 94, el que señala lo siguiente:

> Art. 94. Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos e datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito.
>
> Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos.
>
> Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización.
>
> La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional.

A su vez, la Ley de Control Constitucional, en su capítulo segundo titulado "Del hábeas data", regula la institución en sus artículos 34 a 45.

La *Constitución de Venezuela de 1999* se refiere al derecho y acción de hábeas data en su artículo 28, en los siguientes términos:

> Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Finalmente, la *Constitución de Bolivia* de 1994, a través de la *reforma de febrero de 2004,* introduce en el artículo 23 el derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática y el recurso de hábeas data, precisando:

> I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal, a su imagen, a su honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de Hábeas data ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya.
> II. Si el tribunal o Juez competente declara procedente el recurso, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos personales cuyo registro fue impugnado.
> III. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio ante el Tribunal constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo.
> IV. El recurso de Hábeas data no procederá para levantar el secreto en materia de prensa.

V. El recurso de Hábeas data se tramitará conforme al procedimiento establecido para el recurso de Amparo Constitucional previsto en el artículo 19° de esta Constitución.

3. El hábeas data: concepto, naturaleza, sujetos activos y pasivos, tipos

3.1. El origen del concepto de hábeas data

La expresión *hábeas data* literalmente significa 'tengas los datos' y su objeto es asegurar el acceso a la información que de la persona afectada tengan registros o bancos de datos públicos o privados, con el objeto de proteger la vida privada, intimidad, imagen, buena reputación u honra de las personas.

3.2. Naturaleza del hábeas data

El hábeas data constituye una acción jurisdiccional protectora de la libertad informática o derecho de autodeterminación informativa (conocimiento y control de datos referidos a la persona) y protección de la vida privada, imagen, honra o reputación de la persona, frente a la recolección, transmisión y publicidad de información que forma parte de la vida privada o intimidad de la persona desarrollada por registros o bancos de datos públicos o privados.

En tal sentido, Pérez Luño señala:

> El *hábeas data* constituye, en suma, un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, la que en la primera generación correspondió al *hábeas corpus* respecto de la libertad física o de movimiento de las personas.[8]

En diversos países de América del Sur, como es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Venezuela, esta acción jurisdiccional forma parte de las acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales, como hemos reseñado en el punto 8.3. En algunos casos tal acción opera con un procedimiento autónomo y en otras oportunidades opera a través de la acción de amparo o tutela de derechos fundamentales.

Es necesario precisar que algunos textos constitucionales latinoamericanos, además de considerar el *hábeas data* como una *acción o proceso constitucional* (Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú), también la consideran como un *derecho fundamental* (Colombia y Venezuela).

---

[8] Antonio Pérez Luño: *Del "hábeas corpus" al "hábeas data"*, Madrid, Aranzadi, 1991, p. 174.

3.3. Sujetos activo y pasivo de hábeas data

El sujeto activo del hábeas data en el ámbito sudamericano es toda persona, nacional o extranjera, la que puede actuar personalmente o a través de su representante legal, según determinen las respectivas legislaciones.

Los sujetos pasivos son los bancos de datos y archivos de entidades tanto públicas como privadas, computarizados o no. En algunos casos, como los de Brasil y Paraguay, se limita el hábeas data en forma poco aconsejable solamente a entidades gubernamentales o de carácter público, dejando a las personas sin protección frente a las archivos y bancos de datos privados.

Debe señalarse que se excluyen como sujetos pasivos de hábeas data los registros privados de carácter personal que no estén destinados a proveer informes a terceros, ya que se encuentran protegidos por el derecho a la inviolabilidad de los documentos privados, protegido constitucionalmente.

Asimismo, parece importante explicitar en los respectivos ordenamientos jurídicos la exclusión del hábeas data en materia de archivos y fuentes de información periodísticas, como lo hacen las constituciones de Venezuela y Bolivia, con redacciones diferentes.

3.4. Los tipos de hábeas data

Puccinelli, utilizando la clasificación previa de Sagüés,[9] distingue diversos tipos de hábeas data,[10] atendiendo a las facultades que la normativa reconoce a los sujetos activos legitimados para interponer la acción o recurso:

a) El *hábeas data informativo.* Es aquel que busca lograr el acceso al registro o base de datos respectivo, con la finalidad de obtener la información contenida o tratada en él. Éste puede adoptar tres subtipos: 1) *exhibitorio,* el que se agota en el conocimiento de los datos contenidos en dicha base de datos; 2) *finalista*, que busca, además de conocer los datos contenidos en el registro o base de datos, determinar para qué y con que fin se realizó el registro de datos; 3) *autoral*, cuyo objetivo es determinar quién obtuvo los datos que se encuentran en el registro o banco de datos.

b) El *hábeas data aditivo.* Este tipo procura agregar más datos a los existentes en el registro o banco de datos respectivo, y puede adoptar dos subtipos: 1) *actualizador,* que es aquel que procura actualizar o renovar los datos vetustos o superados que existen en el registro o base de datos; 2) *inclusorio*, que tiene por objeto agregar o incluir en la base o registro datos que habían sido omitidos; 3) *aclaratorio,* cuyo objeto es precisar las circunstancias o calidad en que la persona se encuentra afectada

---

[9] Néstor Pedro Sagüés: "Subtipos de hábeas data", en *Jurisprudencia Argentina*, 20/12/1995, pp. 31 y ss.

[10] Puccinelli: o. cit., pp. 221-225.

por el dato; por ejemplo, clarificar, frente a un registro de deudores morosos, que no es la persona el deudor principal sino sólo un garante de la obligación contraída.

c) El *hábeas data rectificador o correctivo*. Su objeto o finalidad es el de enmendar informaciones o datos falsos, erróneos, inexactos o ambiguos, obteniendo su corrección.

d) El *hábeas data reservador.* Esta modalidad tiene por objeto asegurar que un dato legítima y correctamente registrado sólo pueda ser utilizado por quienes se encuentran autorizados para ello y con los fines especificados legalmente, impidiendo que dicha información sea transmitida a terceros no autorizados para su conocimiento.

e) El *hábeas data cancelatorio.* La finalidad de este tipo es eliminar la información almacenada en el registro o banco de datos por tratarse de información sensible, por corresponder a la intimidad de la persona o por no encontrarse autorizado su registro.

f) El *hábeas data disociador.* Busca separar el uso estadístico legítimo del dato, de la información sobre la persona a la cual el dato corresponde.

g) El *hábeas data asegurador*. Su fin es dotar de seguridad los datos contenidos en el registro o base de datos, exigiendo el desarrollo de procedimientos técnicos que eviten la fuga de datos o el acceso a la base de personas no autorizadas para ello.

h) El *hábeas data reparador.* Es aquel tipo en el que, comprobados los daños sufridos por la persona por registro de información sensible o de su vida íntima, o comprobada la transmisión de datos reservados o la transmisión de datos falsos o erróneos que han producido un daño en los derechos de la persona afectada, a través del hábeas data el tribunal ordena una indemnización por el daño causado a la persona por el responsable del banco o registro de datos.

4. La Ley de Protección de Datos Personales de Chile

En Chile, a diferencia de muchos países sudamericanos, no existe el derecho constitucional explícitamente contemplado referente a la libertad informática o autodeterminación informativa, como tampoco se ha articulado constitucionalmente una acción de hábeas data. El tema se incorporó a la agenda legislativa sólo en la segunda mitad de la última década del siglo XX, de donde surge la ley n° 19.628, que otorga una protección a los datos que pudieren afectar el derecho al respeto de la vida privada de las personas y su honra.

En la elaboración de la ley se tuvo presente un proyecto elaborado por una comisión designada por el Ministerio de Justicia durante el gobierno del presidente Aylwin (1990-1994), que contenía disposiciones tendentes a regular la recolección y el procesamiento de datos personales, los principios que deberían regular una efectiva protección de la intimidad y, respecto de la acción de hábeas data,[11] información

[11] "El hábeas data o protección de datos personales, establece las garantías mínimas de calidad y confiabilidad de los datos nominativos o personales que se recojan; el derecho de las personas a

complementaria de la comisión obtenida durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la ley n° 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática, y del proyecto de ley sobre libertades de opinión y de información. Además, se puso a disposición la legislación comparada existente sobre la materia.

La ley busca armonizar tres ámbitos de intereses:

El primer ámbito corresponde al *empresarial privado,* que es el formado por los consumidores de informática y por los productores de informática, que son quienes elaboran, distribuyen y comercializan productos informáticos.

El segundo ámbito corresponde al *público,* en el que los datos pueden proporcionarse a los particulares interesados o al público en general, debiendo protegerse el procesamiento de datos y la información de seguridad.

El tercer ámbito corresponde al de los *derechos del afectado* por la utilización de datos personales.

4.1. Principios generales que informan la materia

El texto legal armoniza y complementa el derecho que tiene toda persona de efectuar el tratamiento de datos, con el respeto al pleno ejercicio de los derechos de las personas sobre ellos.

En su artículo segundo, literal *o*, la ley señala que el tratamiento de datos comprende toda operación o procedimiento técnico que permita recolectar, almacenar, gravar, organizar, elaborar, seleccionar, confrontar, interconectar, disociar, procesar, comunicar, ceder, transferir, transmitir, cancelar o utilizar de cualquier forma datos personales.

A su vez, el artículo 2°, en su literal *f*, precisa que los datos personales son aquellos "relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables".

No le pareció adecuado al legislador distinguir entre datos de carácter íntimo, de carácter privado y de carácter público. Se tuvo en cuenta, al efecto, que la Constitución Política diferencia solamente entre la vida privada y la vida pública de las

---

exigir que sus datos personales les sean exhibidos; el derecho a que sean rectificados, y el derecho a excluir los datos privados mantenidos sin autorización. Se le grafica de la forma siguiente: Dime qué sabes de mí; dime por qué lo sabes; dime para qué los tienes; si no sabes para qué los tienes, bórralos; si sabes para qué los tienes, dímelo y deja que yo te autorice; si esa información es errónea, déjame rectificarla.

"Muéstrame los datos que tienes de mí por lo menos una vez al año y mándame a mi domicilio toda la información que tienes recopilada sobre mí; si esa información es errónea déjame corregirla; si esa información ha sido alterada por el tiempo, porque mi situación cambió, pues de girador doloso de cheques me he convertido en un recto personaje de la sociedad, entonces déjame ahora mejorar mi estado; si tú no sabes para qué tienes la información sobre mí, bórrala, y si no la borras, por lo menos no podrás usarla en mi contra porque yo no te lo autorizo" (o. cit., pp. 103-104).

personas, y que la distinción entre lo íntimo y lo privado responde solamente a una determinada teoría o modelo analítico. En efecto, la *teoría de las esferas* diferencia entre lo íntimo, que correspondería a un círculo más interno, y lo privado, que equivaldría a un círculo concéntrico más amplio. Esta teoría ha sido reemplazada por la *teoría de los mosaicos*, cuyo presupuesto es que lo privado y lo público son relativos en función de quién sea el otro sujeto en la relación informativa, sin que haya informaciones o datos en sí privados o públicos.

El literal *g* del artículo 2º de la ley se refiere a los *datos sensibles*. Al respecto tuvo en consideración la legislación española, en cuyo artículo 7º los datos sensibles se consideran como datos especialmente protegidos. El legislador chileno asume tal conceptualización al incluir los datos sensibles como una especie dentro de la definición de los datos de carácter personal. Tales *datos sensibles* son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas, o a hechos o circunstancias de su vida privada tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias y convicciones religiosas, los estados de salud físicos y psíquicos y la vida sexual. Los antecedentes o hechos de la vida privada que corresponden a la denominada *información sensible* son reservados, por lo que su publicidad requiere del consentimiento del afectado o estar autorizada expresamente por una ley excepcional.

El tratamiento de datos que regula la ley es, como señala el artículo 2°, literal *m*, aquel que se hace en registros o bancos de datos, conceptualizados como conjuntos organizados de datos personales, manuales o automatizados, que permiten relacionar los datos entre sí y realizar todo tipo de tratamiento de ellos.

Tales bases de datos pueden ser desarrolladas por entes públicos o privados, sin establecerse diferencias entre ellos; todos quedan sujetos a las mismas regulaciones de la ley en análisis.

La ley dispone que la recolección, el procesamiento y la utilización de los datos personales se sujetarán a las disposiciones contenidas en la misma norma para proteger a las personas por el uso que terceros pueden hacer de sus datos personales. Establece que la información organizada es reservada y que *el que autoriza el registro de la información es el legislador o quien sea facultado por los interesados.*

La ley excluye de su regulación el tratamiento de datos personales que se concreta en ejercicio del derecho de libertad de opinión e información, lo que es regulado por la Ley n° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.

El objetivo de la ley es asegurar *el derecho de autodeterminación informativa de las personas* respecto de los datos personales tratados en bancos de datos o registrados en otros soportes, sea que se realice por particulares o por órganos del Estado, con el fin de garantizar el pleno respeto y ejercicio de los derechos fundamentales.

La ley reconoce la conveniencia social de las bases de datos, la utilidad de bancos de datos que den sustento al sistema crediticio (artículo 4°), al sistema previ-

sional y de salud (artículo 10), impositivo del Estado (artículos 15 y 20) y con información procesal y penal (artículo 21) y muchas otras actividades, entre las cuales se encuentran el Registro Civil y el Registro Electoral.

El tratamiento de los datos por parte del banco o registro de datos debe realizarse respetando los derechos fundamentales de las personas titulares de los datos y las facultades concedidas a estos últimos por la misma ley.

La ley posibilita el tratamiento de datos personales cuando la persona afectada lo autoriza o cuando tal autorización está determinada por los preceptos legales (artículo 4°).

La autorización que da la persona afectada debe ser por escrito e informada de la finalidad de la base de datos y de si ella es o no accesible al público. La autorización otorgada por el afectado puede ser revocada sin efecto retroactivo.

Puede sostenerse así la existencia de una *disponibilidad privada* del afectado o titular del dato, el que debe dar su consentimiento para la recogida y el tratamiento de los datos, como asimismo tiene el derecho a obtener información sobre sus datos incluidos en un archivo o fichero, así como la posibilidad de rectificar, completar o cancelar dichos datos en su caso, salvo disposición legal en contrario.

La ley puede autorizar el tratamiento de datos personales cuando ellos provienen de fuente públicas; cuando se trate de datos personales que procesen personas jurídicas privadas para uso de sí mismas o de sus asociados o afiliados y se traten sólo con fines estadísticos de tarificación o de beneficio general; cuando el tratamiento de datos personales lo realicen personas u organismos públicos respecto de materias de su competencia, o bien para el otorgamiento de servicios de salud que correspondan a sus titulares.

La ley busca proteger, respecto de las bases de datos personales, la vida privada, honra e imagen de la persona, además de la veracidad de los datos.

4.2. La protección de los derechos de los titulares de los datos

La ley reconoce a la persona un conjunto de facultades para cautelar tales derechos fundamentales y bienes constitucionales.

Los datos personales sólo pueden recolectarse, procesarse, transmitirse y difundirse para la finalidad para la que, lícitamente, se hubieren recogido.

El responsable del registro debe adoptar las medidas técnicas que garanticen la seguridad de los datos contenidos en su base de datos.

Asimismo, el responsable del archivo automatizado y quienes intervengan en las distintas fases del tratamiento de los datos deben guardar el secreto profesional o confidencialidad sobre ellos, según dispone la ley en su artículo 7°. A su vez, la ley obliga al responsable de la base de datos a actuar con la debida diligencia y determina su responsabilidad por los daños ocasionados al titular de los datos; éstos no pueden ser comunicados a personas no autorizadas, según dispone el artículo 11° de la ley.

Los datos registrados, una vez que se cumpla con el propósito para el cual fueron recolectados, deben ser cancelados.

La ley puede, excepcionalmente, autorizar la desviación del fin para el cual se recolectó el dato, sólo con el objeto de evitar una amenaza inminente al orden público o una violación grave de derechos de terceros.

Así, la legislación busca evitar que los datos de carácter personal existentes en bases informáticas, que reúnen antecedentes confidenciales sobre las personas recolectados con una finalidad determinada, sean utilizados con otros propósitos sin el permiso del sujeto de la información, como precisa el artículo 9° de la ley.

La persona tiene el derecho de conocer la información que haya sobre ella en estas bases de datos personales y el derecho de oponerse a que esos datos sean utilizados con otros fines diferentes de aquellos autorizados, así como el derecho de exigir que se corrijan los datos erróneos o inexactos.

La ley establece los límites hasta donde una persona puede aceptar que sus datos personales sean públicos y que una determinada parte de ellos, los datos sensibles, no puedan ser objeto de transacción ni de transferencia, bajo ningún título, a otra persona.

Así, el que procese legítimamente datos relativos a la vida privada de las personas sólo puede revelarlos o utilizarlos para aquellas finalidades que hayan sido autorizadas por la ley o consentidas por los afectados.

Los artículos 12 a 15 de la ley regulan las facultades de las personas en resguardo de sus datos personales.

Se establece el derecho de toda persona a que el usuario de datos procesados le suministre una copia de los antecedentes que tenga en su poder, con indicación de su fuente de origen, dentro de un plazo determinado por la ley, contado desde la solicitud. Se permite que el juez pueda apremiar al usuario de datos procesados a través de la informática, si se niega a entregar copia a la persona afectada.

El mismo derecho anterior tienen las personas respecto de los datos personales si éstos fueren inexactos, incompletos, equívocos o atrasados; en tal caso, la persona afectada tiene derecho a exigir que se rectifiquen, completen, aclaren o actualicen, debiendo proporcionársele copia del registro modificado.

La persona también tiene el derecho a exigir que se supriman tales antecedentes, si estuvieren caducos o hubieren sido obtenidos fuera de los casos autorizados por la ley. Lo mismo puede hacer si, habiendo proporcionado sus datos personales voluntariamente, no deseare continuar figurando en el registro respectivo.

La ley establece el derecho de la persona afectada por el uso de datos personales incorrectos, a ser indemnizada por quien los haya proporcionado.

El artículo 15 de la ley establece algunas excepciones al bloqueo, la eliminación o modificación de datos, cuando tales facultades impiden o dificultan el debido cumplimiento de funciones fiscalizadoras del organismo público pertinente, afectan la

reserva o el secreto previsto en leyes o reglamentos, o afectan la seguridad o el interés nacional, o cuando dichas facultades no hayan sido concedidas al titular en el precepto legal que determina el almacenamiento de los datos.

4.3. Algunas deficiencias de la ley en el resguardo de los derechos de los titulares de los datos y en la supervigilancia de las bases de datos

El legislador no reguló el establecimiento de un órgano de control independiente en el cual las bases de datos debieran registrar su existencia, órgano que cumple también en el derecho comparado europeo una función fiscalizadora y sancionadora, lo cual posibilita a los titulares de los datos conocer quiénes los están utilizando, con qué fines los están tratando y si ellos son o no comunicados a terceros. Al no establecerse la obligación de registro de los bancos de datos privados y al no generarse un órgano de supervisión y control encargado de velar por el cumplimiento de la ley, el sistema de protección estructurado es muy débil.

El control de legalidad establecido por la ley chilena es a posteriori por parte del titular de los datos, quien ejerce los derechos que concede la ley ante el responsable de la base o banco de datos público o privado, ante los tribunales de justicia de una acción legal prevista en el artículo 16 de la Ley de Protección a la Vida Privada, a diferencia de una gran parte de los países de América del Sur, entre ellos, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Paraguay, donde existe la consagración constitucional de una acción de hábeas data.

En todo caso, consideramos procedente en Chile el uso de la acción constitucional de protección establecida en el artículo 20 de la Carta Fundamental, en protección del derecho a la vida privada (artículo 19, nº 4) y el derecho de propiedad (artículo 19, nº 24) sobre los datos personales.

4.4. Las modalidades que reviste la acción jurisdiccional en resguardo de los derechos de los titulares de los datos personales

La ley asegura el derecho de las personas de solicitar judicial o extrajudicialmente la exhibición de bases o bancos de datos, sean públicos o privados, en los cuales estén registrados sus datos personales, con el objeto de verificar su exactitud y su veracidad o, en su caso, solicitar su rectificación, eliminación, complementación o reserva.

La acción puede tener un carácter preventivo o correctivo. En su dimensión preventiva tiene por objeto conocer la existencia de registros o bancos de datos que contengan informaciones de las que sea titular y acceder a ellas. La acción en su dimensión correctiva consiste en exigir que determinados datos personales del titular sean corregidos, rectificados, cancelados o bloqueados, por el hecho de que su tratamiento es ilegal y conculca derechos fundamentales.

4.4.1. Los bienes jurídicos protegidos

La acción resguarda como bien jurídico básico el derecho a la autodeterminación informativa, como asimismo, el derecho a la protección de la vida privada o privacidad y la honra de la persona, la igualdad ante la ley, la protección de la dignidad humana y la libertad, así como la veracidad y fidelidad de la información.

4.4.2. Tribunal competente

El tribunal competente para conocer de esta acción es el juez civil de turno correspondiente al domicilio del responsable del banco del registro o base de datos correspondiente, vale decir, el domicilio del demandado, que es la regla general en materia de competencia relativa en el ordenamiento jurídico chileno, de acuerdo con el artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales.

4.4.3. Legitimación activa

El legitimado activamente para interponer la acción es el titular de los datos que ha visto vulnerado sus derechos reconocidos por la ley, y que solicita protección y amparo al tribunal competente.

4.4.4. Legitimación pasiva

El legitimado pasivo es el responsable del banco de datos, sea particular o público. Asimismo, la ley establece, en su artículo 14, una regla especial, la que determina que en el evento en que los datos personales se encuentren en una base de datos a la cual tienen acceso diversos organismos, el titular de los datos puede demandar la información a cualquiera de ellos, en cuyo caso, los sujetos pasivos pueden ser dos o más organismos privados o públicos.

4.4.5. El procedimiento judicial

El procedimiento judicial se desdobla en dos procedimientos diferentes, de acuerdo con el artículo 16 de la ley, dependiendo de la causal que da origen a la acción.

4.4.5.1. El procedimiento regular u ordinario

El primero se sitúa en la hipótesis de la falta de pronunciamiento del responsable del banco o registro de datos, dentro de los dos días hábiles siguientes a la solicitud presentada por el titular de los datos, o cuando el primero le niegue al segundo la información por una causal diferente de la de seguridad de la nación o de interés nacional. La segunda hipótesis ocurre cuando se vulneran los artículos 17 y 18 de la

ley 19.628, en cuyo caso la acción presentada ante el juez debe contener, por lo menos, una identificación clara de la infracción cometida por el responsable de la base de datos y los hechos que le dan forma, acompañándose los medios de prueba que los acrediten.

En ambas hipótesis se desarrolla el procedimiento que podemos denominar regular u ordinario.

La acción se notifica por cédula en el domicilio del banco de datos respectivo, el que debe contestar el traslado dentro de quinto día hábil, estableciendo sus descargos y adjuntando los medios de prueba en que se fundan. Si no tiene medios de prueba, deberá explicitarlo. Si el demandado ofrece prueba, el tribunal debe fijar una audiencia, para el quinto día hábil con la finalidad de recibir la prueba ofrecida que no ha acompañado.[12]

El tribunal puede adoptar todas las medidas cautelares que considere adecuadas para hacer efectiva la protección de los derechos que la ley asegura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de la ley.

La prueba rendida por las partes se aprecia en conciencia por el tribunal competente.

La sentencia definitiva se dicta dentro del tercer día de vencido el plazo para presentar los descargos, se hayan presentado éstos o no. Si el tribunal decretó una audiencia de prueba, el plazo se contará una vez vencido el plazo fijado para rendir la prueba.

La sentencia definitiva se notifica por cédula y es apelable en ambos efectos.

El recurso de apelación debe interponerse en el término fatal de cinco días, contado desde la notificación de la parte que lo entabla. El escrito de apelación debe contener los fundamentos de hecho y derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.

Deducida la apelación, el tribunal debe elevar los autos a la Corte de Apelaciones respectiva; recibidos éstos en la secretaría de la Corte, el presidente ordenará dar cuenta preferente del recurso sin esperar la comparecencia de las partes, según determina el artículo 16, literal *g* de la ley.

Si la Corte lo estimase conveniente o se solicitase con fundamento plausible, podrá ordenar que los autos se traigan en relación y se oigan alegatos de los abogados de las partes, en cuyo caso la causa se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala.

Dicho fallo no es susceptible de casación; sin embargo, procede el recurso de queja, todo ello de acuerdo con el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

---

[12] Esta facultad otorgada al responsable de la base de datos y demandado, de determinar la existencia o no de una audiencia de prueba, que no tiene el ocurrente, rompe el principio de igualdad de armas procesales y de bilateralidad de la audiencia, lo que afecta centralmente el derecho constitucional a una racional y justa investigación y procedimiento determinado por el artículo 19, nº 3, de la Constitución.

4.4.5.2. El procedimiento especial en caso de considerarse afectada la seguridad o el interés nacional

Cuando el responsable de la base de datos se ha negado a entregar la información argumentando razones de seguridad o interés nacional, la reclamación es conocida directamente por la Corte Suprema de Justicia, la que pedirá informe al responsable de la base de datos de la manera más expedita posible, fijándole un plazo para la entrega de los antecedentes. Una vez vencido el plazo otorgado resolverá en cuenta.

En el caso de recibirse la causa a prueba, ella se consignará en un cuaderno separado y reservado.

La sala de la Corte Suprema que conoce de la acción puede, si lo estima pertinente o se le solicita con fundamento plausible, ordenar traer los autos en relación, en cuyo caso la causa se agrega extraordinariamente a la tabla y la audiencia no es pública.

4.4.5.3. Procedimiento residual

La ley prevé, en el caso de infracciones no contempladas en los artículos 12 y 19, la aplicación de un procedimiento sumario determinado en el artículo 23. Es el caso, entre otros, de cuando el responsable del registro o base de datos no cumple con avisar a terceros que los datos han sido cancelados o corregidos, o si un organismo público desarrolla una base e datos en ámbitos ajenos a su competencia.

4.4.6. Sanciones establecidas por la sentencia

En la sentencia que acoge la reclamación el tribunal fija un plazo prudencial para que el banco o registro de datos dé cumplimiento a lo ordenado. Puede adicionalmente sancionar al infractor con una multa de una a diez unidades tributarias mensuales, como asimismo determinar los perjuicios si le han sido solicitados, todo ello de acuerdo con los artículo 16, numeral 5°, y artículo 23 de la ley. En el caso de infracción a los artículos 17 y 18, referentes a datos personales de carácter económico, financiero, comercial o bancario, la multa asciende de 10 a 50 unidades tributarias mensuales, según lo dispuesto en la ley nº 19.812.

Si el responsable de la base de datos no cumple dentro del plazo otorgado por el tribunal, éste puede aplicar una multa de 2 a 50 unidades tributarias mensuales. A su vez, si se trata el requerido de un organismo público, el tribunal puede sancionar al jefe del servicio con suspensión de su cargo de 5 a 15 días.

Las sanciones, como puede observarse, son muy débiles y exiguas.

4.4.7. La indemnización de perjuicios

El monto de la indemnización de perjuicios será establecido prudencialmente por el tribunal atendiendo a la gravedad de los hechos y las circunstancias de cada caso.

La acción de indemnización de perjuicios que se contempla puede concretarse a través de tres vías diferentes. La primera es a través del procedimiento previsto en el artículo 23 del cuerpo legal que posibilita interponer la acción indemnizatoria conjuntamente con la reclamación destinada a solucionar la infracción reclamada.

El segundo procedimiento es mediante el juicio sumario referente a las infracciones no contempladas en los artículos 16 y 19, incluida la indemnización de perjuicios.

El tercer procedimiento es mediante una acción de indemnización de perjuicios en un procedimiento ordinario, de acuerdo con las reglas generales.

Bibliografía

BENDA, Ernst, y otros: *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

BERTELSEN R., Raúl, y otros: *Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada*, Cuadernos de Extensión Jurídica, n° 5, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Santiago (Chile), 2001.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: *La protección de datos en Europa*, Madrid, Universidad de Comillas, 1998.

EKMEDKJIÁN, Miguel Ángel: *Tratado elemental de derecho constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1993.

ESTADELLA YUSTE, Olga: *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Madrid, Tecnos, 1995.

DÍAZ, Francisco, y Luis Eugenio OLIVER: *Informática y derecho: derecho informático*, Madrid, UNED, 1998.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy: *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Lima, ARA, 2003.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa: *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Madrid, Mc-Graw Hill, 1998.

GOZAÍNI, Osvaldo (coord.): *La defensa de la intimidad y los datos personales a través del hábeas data*, Buenos Aires, Ediar, 2001.

— *Derecho procesal constitucional: hábeas data*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

LANDA, César: *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra, 2004.

LETE DEL RÍO, J. M.: *Derechos de la persona*, Madrid, Tecnos, 1996.

LOSANO, Mario: *Il diritto pubblico dell'informatica*, Giulio Einaudi, 1986.

LUCAS MURILLO, Pablo: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: *La libertad de información y sus límites. Honor y vida privada*, Santiago, Lexis Nexis, 2002.

NOVOA MONREAL: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Madrid, Siglo XXI, 1979.

ORTECHO VILLENA, Víctor Julio: *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 7ª ed., Lima, Rodhas, 2003.

PECES-BARBA, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

— 1996: *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ariel Derecho.

PUCCINELLI, Óscar: *El hábeas data en Indoiberoamérica*, Santafé de Bogotá, Temis. 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

— *Derecho procesal constitucional*, tomo III: Acción de amparo, Buenos Aires, Astrea, 2002.

SARAZA JIMENA, Rafael: *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

UICICH, Rodolfo Daniel: Los bancos de datos y el derecho a la intimidad, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

ULL PONT, Eugenio: *Derecho público de la informática (Protección de los datos de carácter personal)*, Madrid, UNED, 2000.

WARREN, E. D., y L. D. BRANDEIS: *El derecho a la intimidad* (traducción española de *The Right to privacy*), Introducción de Benigno Pendás, Madrid, Civitas, 1994.

WESTIN, Alan F.: *Privacy and Freedom*, 7ª ed., Nueva York, Atheneum, 1970.

Artículos y monografías

BAZÁN, Víctor: "Hábeas data y autodeterminación informativa", en *Revista Jurídica del Perú*, año XLVI, n°3, Trujillo, julio-septiembre de 1996.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: "Sobre el hábeas data y su tutela", en *Ius et Praxis. Derecho en la región*, año 3, n° 1, Talca, Universidad de Talca, 1997.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: "Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio", en *Revista del centro de estudios Constitucionales*, n° 8, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: "¿Regular internet? Una reflexion sobre los límites del derecho y las funciones del Estado", en Víctor Bazán (coord.): *Defen-*

sa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 487-494.

HOFFMANN-REIN, Wolfgang, en Ernst Benda y otros: *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons. 1996.

HERRERA BRAVO, Rodolfo: "La protección de datos personales como una garantía básica de los derechos fundamentales", en *Revista de Derecho Público, de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República*, año 2, nº 5, mayo-agosto 2001.

— "Privacidad e internet: el problema del tratamiento invisible y automatizado de datos personales", en *Revista de Derecho Público, de la Agrupación de Abogados de la Contraloría General de la República,* año 2, nº 6, septiembre-diciembre 2002.

JERVIS ORTIZ, Paula: "Derechos del titular de datos y Hábeas data en la Ley 19.628", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: "Reflexiones constitucionales sobre el establecimiento constitucional del hábeas data", en *Ius et Praxis*, año 3, n° 1, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1997, p. 265.

RIQUERT, Fabián Luis: "El derecho a la intimidad y su relación con las nuevas tecnologías", en Víctor Bazán (coord.): *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 479-486.

SAGÜÉS, Néstor Pedro: "Subtipos de hábeas data", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 20 de diciembre de 1995.

Pedro Gareca Perales (Bolivia) *

El hábeas data en la Constitución de Bolivia

1. Introducción

Adentrarse en el estudio del hábeas data en un país como Bolivia obliga a tener presente que, en su dilatada historia de 179 años de vida independiente, desde la Constitución bolivariana de 19 de noviembre de 1826, ha registrado 18 reformas en su texto y otra inminente que se avizora, como consecuencia de planteamientos sociales y económicos promovidos por federaciones, sindicatos, comunidades campesina, étnicas y sociedad civil, preferentemente de reivindicación de derechos de los excluidos, aunque esta última anunciada será probablemente total como obra histórica de la futura asamblea constituyente. En este contexto, que selló la vida de más de ochenta personas en octubre del pasado año, abordar el tema no será nada fácil, y mucho menos en un escenario aún en ebullición, dado que los reclamos tienen relación con los derechos consagrados y otros ausentes en la Constitución y en similar densidad de vinculación con el desarrollo informático que, en paralelo a sus incuestionables beneficios, causa desbordes en el sistema jurídico, dirigiendo sus actividades más allá de los límites de respeto que los Estados de derecho establecen en protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Sin embargo, como en toda efervescencia de cambio, la cautela y razonabilidad son las compañeras más propicias para introducir en el texto de la Constitución de Bolivia el hábeas data: primero, por la conciencia cívica y patriótica de los congresistas, que en actitud de reconocimiento de los planteamientos sociales, en marzo se alistan a considerar en la agenda de reformas la asamblea constituyente y el referéndum para diseñar un nuevo modelo en el país y, segundo, porque se incluyen los

---

* Profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Msc en Educación Superior. Doctorando en "La Europa de la libertades", Universitat de València, 2004. Abogado asistente en la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia de Nación. ‹gareciza@entelnet.bo›

derechos de los sectores excluidos en temas relativos a derecho a decidir sobre la tierra comunitaria, a ser consultados en disposición de riquezas del subsuelo que se hallen en sus circunscripciones y tener acceso a información general que los órganos del Estado mantengan en sus archivos y registros.

La permanente aparición de conflictos sociales marcará la evidencia de nuevos desarrollos evolutivos, con el consiguiente resurgimiento de derechos y valores ausentes en el catálogo de la norma constitucional, que requieren del constituyente no sólo la reafirmación de las instituciones jurídicas, sino el reconocimiento de esas nuevas reivindicaciones y las consiguientes garantías que encaucen su real ejercicio.

Ajustar los modelos de las sociedades en sus estructuras político-jurídicas y sociales-económicas, en países con las características de Bolivia, buscando la concordancia del texto normativo con la realidad axiológica de los derechos fundamentales, habrá de constituir un segundo toque de campana de libertad e independencia, si para el emprendimiento reformativo se parte del contenido del artículo 1º de la Constitución que proclama: "Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en república unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unión y en la solidaridad de todos los bolivianos". [1]

Compendiar esta actitud libre, abierta y sensible a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos, debe ser el pensamiento constante de legisladores que, preocupados en la dinámica intensa de los derechos humanos, interpretan, acogen e integran los diversos desafíos en reconocimientos de derechos en la norma constitucional. Esta virtualidad acertada puede encontrarse en la voz autorizada de Antonio Enrique Pérez Luño al sostener: "La concepción generacional de los derechos humanos implica, más bien, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada". [2]

La humanidad, y particularmente los países de mayor subdesarrollo, cada vez se sorprenden de que, en sociedades asentadas en un Estado social y democrático de derecho, con niveles de desarrollo compacto en actividades productivas, energéticas y de inversión significativa, la tecnología cibernética aparezca dando giros imprevisibles en el campo social, conduciendo la información a esferas de la administración pública, empresas, industrias y sociedades comerciales, unas veces almacenando datos personales para su posterior tratamiento y otras transfiriéndolos sin consentimiento de los interesados, con diversidad de intereses de naturaleza comercial, hasta límites que se traducen en amenazas o injerencias ilícitas de los derechos de las personas y de sus familias, donde los más afectados por los impactos del desarrollo informático son los menos previsores, que poco o nada invierten en resguardo de los

---

[1] *Constitución Política del Estado, República de Bolivia,* UPS, La Paz, 2000, p. 3.

[2] Antonio Enrique Pérez Luño*: Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2003, p. 586.

derechos fundamentales. De ahí la exigencia de configurar sistemas jurídicos que en un haz de equilibrio de intereses públicos y privados sea finalmente una verdadera garantía para los ciudadanos.

2. Necesidad y justificación

Casi como obligadas surgen estas interrogantes en el plano acometido: ¿Se podría sostener que los progresos de la tecnología informática y de las comunicaciones, son imprescindibles en las sociedades de mayor y menor desarrollo industrial, científico, económico y social?; ¿o bien, por el contrario, que paradójicamente su imperceptible forma de penetración en países de menor desarrollo, pero sobre todo en los más desarrollados, sus intromisiones en los derechos fundamentales generan climas de zozobra e inseguridad en el ejercicio y disfrute de las libertades públicas?

Si partimos de la premisa de que hoy por hoy ninguna sociedad se siente indemne ante los efectos del poder informático y que aun las sociedades avanzadas con regulación de la tecnología son vulnerables a la manipulación y la utilización indebida de sus datos personales, es de suponer que las de menor desarrollo como simples usuarios de la informática importada tampoco permanecen al margen de la perversidad insensible y desmedida en el procesamiento de datos personales, siendo más profusa su erosión allí donde no se cuenta con normativas que protejan la actividad informática.

El abuso desplegado por el poder informático en el proceso de tratamiento de datos, así sea en sociedades de incipiente tecnología, reduce a los individuos, incluso de sociedades desarrolladas, a simples cifras, códigos y datos, al extremo de poner en peligro la libertad del ciudadano, su intimidad y vida privada personal y familiar.

En Bolivia se ha iniciado el proceso de informatización con cierta profusión en los dos últimos lustros, de modo que la instalación de ordenadores y sistemas de redes en las instituciones públicas se ha generalizado. Tan es así, que instituciones como Impuestos Internos, donde se registran y controlan las tributaciones dispuestas por ley, son capaces de detectar con base en cruzamientos de datos si la declaración y categoría del contribuyente guarda relación con la inversión y rentabilidad del giro comercial. De igual manera, las redes informáticas del sistema de la Universidad Autónoma Boliviana, en sus interconexiones de carácter académico, obtienen datos no solamente de esta índole, sino que elaboran estadísticas de la permanencia de los universitarios, el costo que le significan al Estado por año y, en situaciones especiales, averiguan los traspasos, transferencias y causas de sus desplazamientos por varias universidades y carreras. De alguna forma en el Poder Judicial ya se han instalado los sistemas informáticos, que permiten a los profesionales abogados e interesados conocer el estado de sus causas, la fecha y forma en que se resolvieron y las impugnaciones formuladas, así como el cumplimiento de las sentencias condenatorias. La banca privada, las empresas y los establecimientos educativos privados no

han quedado al margen de los usos y tratamientos informatizados en sus respectivas actividades.

Para apreciar el grado de evolución de la informática en Bolivia, tanto en la esfera pública como privada, de acuerdo con estudios realizados por la empresa Muller asociados, en 1996 los usuarios de internet escasamente llegaban a 15.000, y en el 2002 habían ascendido a 270.000. En cuanto a las computadoras personales instaladas en domicilio las cifras eran de 28.000 ordenadores en 1996 y 220.000 en el 2002. Manos Unidas, en su *Boletín* de enero-marzo de 2004, [3] revela que en Bolivia 63 de cada 1000 habitantes hacen uso de internet. La perspectiva de crecimiento es de 40.000 ordenadores por año, cifra que fue la constante en los tres últimos años del estudio estadístico. Estas cifras dan una pauta del crecimiento de la población que, recogiendo las bondades de la informática, pudiera verse afectada en sus derechos por el tratamiento de datos personales que se registren en los servicios de la administración pública y privada.

La centralización estatal y privada con las redes de bancos de datos podría causar intromisiones en la intimidad y privacidad de las personas, lo que conlleva a la necesaria regulación del uso de la tecnología en el derecho, a efectos de fijar las reglas en la prestación de la información personal, en el tratamiento y en la finalidad perseguida, para en definitiva garantizar al ciudadano que el desarrollo informático le sea de eficaz aprovechamiento y no un poder omnímodo e irrestricto en la discriminación de datos personales.

Esta situación de poder informático deviene un continuo peligro si sus actores no enmarcan sus operaciones en el respeto de sus congéneres; pero también, si los mecanismos de protección estatal no marchan en su elenco constitucional a la par de los desafíos incontrolables de la era de la comunicación. Ante el asedio y necesidad manifiesta y como expresando su compromiso intelectual con las libertades públicas Ricard Martínez Martínez expresa que:

> […] el uso del ordenador personal está permitiendo a Estados, empresas e incluso a simples particulares, realizar intromisiones en la vida privada hasta hoy inconcebibles […] Por otra parte, los derechos fundamentales constituyen una categoría esencialmente histórica y por tanto evolucionan al ritmo del contexto social. [4]

Se asume innegablemente que toda contaminación erosiva en los derechos fundamentales conlleva imprescindiblemente el desarrollo de nuevas técnicas de interpretación de los actuales derechos fundamentales, de modo que su contenido y finalidad se proyecten hasta alcanzar los valores que subyacen en cada uno de ellos o, en su caso, hasta el replanteamiento político en el escenario legislativo de nuevos derechos.

---

[3] *Manos Unidas,* enero-marzo, Madrid, 2004, p. 21.

[4] Ricard Martínez Martínez: *Tecnologías de la información, policía y Constitución,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 27.

Los problemas tangibles que se plantean rebasan las fronteras patrias de los Estados y las innovaciones tecnológicas transmisoras de información, con el uso de redes informáticas y sistemas multimedia, continúan descargando sus inocultables contaminaciones; en estas circunstancias los constituyentes deben asumir que el derecho no es un conjunto de espectro cerrado, hermético y estático, sino abierto al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales. Valga la experiencia desarrollada del Tribunal Constitucional alemán, que dio luz al derecho a la *autodeterminación informativa* en la célebre sentencia de 15 de diciembre de 1983 (Ley del Censo de Población). Resaltando los fundamentos de la sentencia, Álvaro Sánchez Bravo considera que el Tribunal Constitucional ha deducido del derecho general a la personalidad uno de sus atributos:

> La facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación; es decir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida […] La autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda la comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos. [5]

En resumen, la doctrina y la jurisprudencia alemanas definen el derecho a la autodeterminación informativa según la precisión asumida por Ana Isabel Herrán Ortiz, como la facultad de disponer sobre la revelación y utilización de los datos personales, e identifica dos libertades:

> […] la libertad de actuación o libertad para difundir o no los datos personales, y la autodeterminación informativa propiamente dicha, entendida como la libertad para la determinación de las condiciones y circunstancias respecto al uso de los datos personales, calificándolas como complementarias e imprescindibles para una eficaz garantía de la dignidad humana y seguridad del ejercicio al derecho de libre desenvolvimiento de su personalidad. [6]

Desde una óptica altruista y moral, el entendimiento humano nos dirige a pensar que quizás estemos ante dos derechos gemelos con una misma matriz, "el alma humana", poderosamente sensible en su invocación en situaciones de incidencias negativas, provocadas por el tratamiento indiscriminado de datos personales, que reclama protección inmediata a los derechos fundamentales afectados allí donde el vacío pudiera ser más vulnerable que una deficiente regulación tuteladora.

En este desplazamiento razonado, la identificación de situaciones complejas y amenazantes que surgen del flujo de tratamiento de datos personales de la informática en la sociedad boliviana merecen prioritaria regulación, entre otros derechos a reconocer, como el derecho a una alimentación digna, a la identidad cultural y étnica en condiciones de igualdad en la diversidad, a la explotación de tierras de propiedad

---

[5] Álvaro A Sánchez Bravo: *La protección del derecho a la informática en la Unión Europea,* Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 1998, p. 67.

[6] Ana Isabel Herrán Ortiz: *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales,* Dykinson, Madrid, 2002, p. 70.

comunitaria, a participar en la vida política en condiciones de proporcionalidad, a participar en el disfrute de la riqueza energética, forestal, minera, y el derecho de ejercitar el control de sus datos sometidos a tratamiento por la administración pública, privada y los contenidos en registros de la Guardia Nacional de Seguridad Pública, que es el que ahora nos ocupa.

Pensemos sólo en los sistemas de control de papeletas de salidas por prescripción médica y bajas médicas en instituciones públicas y privadas; las restricciones de acceso a información en casos de retiro; las concernidas al fuero sindical en el uso de correos electrónicos en actividades del giro; los registros y seguimiento a dirigentes campesinos y de organizaciones civiles en archivos de la Policía con fines investigativos indefinidamente, sin la debida justificación ni posibilidad cierta de acceso a ellos por los interesados; la aparición de imágenes en revistas, periódicos y ordenadores en actividades inconsultas que inciden en la dignidad de las personas; las ofertas comerciales por correo electrónico que diseñan la preferencia sobre productos no solicitados; la subsistencia de datos indefinidamente sin justificación que inhabilitan para realizar operaciones de créditos bancarios; las cesiones de datos de la administración pública a entidades privadas aseguradoras dispuestas por ley sin control previo de los aportantes para rentas de jubilación; las declaraciones juradas del patrimonio de funcionarios y empleados públicos en cumplimiento de la ley con fines tributarios, que son difundidas sin considerar la naturaleza, calidad y finalidad de los datos proporcionados originariamente, y la resistencia de las fuerzas militares a proporcionar informes verdaderos acerca de decesos de conscriptos que prestan servicio militar.

Ante la constelación de supuestos, no quepa duda de que el predicamento del constituyente boliviano estatuido en los apartados I y II del artículo 6º de la CPE —"Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes […] la dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado"—[7] no disipa la preocupación en torno al simple reconocimiento de estos derechos nacidos en una misma matriz, que ahora sienten en su desarrollo y crecimiento los cambios abruptos e incontenibles en su versión tecnológica e informática, lo que de suyo exige una adecuación o, en su caso, la inclusión de la nueva garantía del hábeas data, desde la perspectiva del control ejercido por el interesado a partir de la tríada uso-tratamiento-cesión y transferencia de datos personales que afectan las finalidades superiores que legitiman al Estado de derecho, y por ende dicha garantía posibilite la concreción de los derechos fundamentales, como la intimidad y privacidad personal y familiar y el desarrollo de la propia personalidad, y otros que hacen al control de los datos en la esfera de la informática.

En países como Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela, parece haberse entendido la configuración del hábeas data como la acción de garantía oportu-

---

[7] *Constitución Política del Estado, República de Bolivia,* o. cit., pp. 3-4.

na, rápida y eficaz en la protección de los derechos fundamentales de las personas, sobre datos personales que consten en los registros o archivos de bancos informáticos y mecánicos de la administración pública o privada, que pudieran tener información equivocada, desactualizada, falsa o con potenciales fines discriminatorios, particularmente en relación con la intimidad y privacidad familiar, así como los referidos a sus bienes patrimoniales. Se trata de unas experiencias que aún pueden no ser perfectas, pero por el balance positivo de sus resultados son dignos de aplicar, allí donde caben regulamientos preventivos y reparadores para la sociedad indefensa ante la actividad ilícita de la informática.

Ya no es época para contemplar el incremento de la discriminación informática; la vulnerabilidad no puede llegar hasta estigmatización de la persona en aquellos ámbitos en que el desarrollo de la garantía de la intimidad, las previsiones legislativas y los procesos constitucionales no han sido capaces de establecer los mecanismos adecuados para repeler las intromisiones electrónicas y ofrecer al ciudadano un haz de facultades que contengan el derecho a estar legítimamente informado y a ejercitar su derecho de control en el tratamiento de la información. Ésta es una necesidad de los sin voz, náufragos del ordenador, cuyo auxilio resuena en los curules de los congresistas bolivianos.

3. Importancia

Con notable versación y autoridad iusfilosófica, Antonio Enrique Pérez Luño, después de caracterizar el poder de las informaciones en:

> […] símbolo emblemático de una sociedad, que se designa a sí misma como sociedad de la información o sociedad informatizada, por su poder de convertir informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, considera que en esa situación no sería lícito negar a los poderes públicos el empleo de las nuevas tecnologías de la información. [8]

En efecto, así como las sociedades, empresas comerciales y financieras se miden en el mercado por la aceptación y calidad de sus volúmenes insospechados de informaciones, empero en las perspectivas de las sociedades con menor desarrollo cabría no descartar la indefensión de las personas de continentes geográficos diferentes y culturas diversas, si en fracción de segundos el desplazamiento de datos personales se hace en forma irrestricta, superando los cánones constitucionales y los derechos fundamentales en ellos inmersos, hasta el extremo de impactar no sólo en la privacidad, sino en los derechos que tienen relación con la dignidad y la personalidad de la persona; penetración intensa que se produce allí en países donde apenas empiezan a advertir el fenómeno de la tecnología informática, de la que no se sustrae Boli-

[8] Pérez Luño: o. cit., p. 382.

via. Sociedad caracterizada por más de una veintena de etnias, no podría permanecer al rezago de los desafíos históricos y menos mantenerse tolerante ante la realidad de las injerencias en series y masas, en la esfera privada de sus ciudadanos y otros derechos, valores y bienes vinculantes a la personalidad. De ahí el especial interés y la importancia que pudiera reportar el hábeas data, como acción procesal o cauce para salvaguardar los derechos de información, acceso, actualización, rectificación, confidencialidad, cancelación de datos personales, de oposición y olvido.

Cifrar expectativas en instrumentos que marquen hitos por la dimensión tuteladora de derechos es convertir el esfuerzo de legisladores en exigencia vital que se traduzca en una combinación de dos realidades: primero, que el contenido y la finalidad del hábeas data sea para toda la sociedad, respetando sus tradiciones, costumbres y valores, y no para un sector político que se lleve réditos; segundo, aprovechar la experiencia nutrida del derecho comparado en la región andina y cuanto desarrollo jurisprudencial en casos concretos han generado las cortes y tribunales constitucionales.

4. La configuración procesal del hábeas data

La realidad de un país en su generosa vida multicultural y plurilingüe demanda de la administración pública su constante lealtad y sensibilidad, a efecto de que los órganos administrativos que concentren la información de los ciudadanos con finalidades de interés social —indispensables para su desarrollo planificado en el orden social, económico, financiero, de política internacional y cultural, en implicación con las actividades privadas de los ficheros— no caigan en la inercia del dejar hacer y dejar pasar, sino que, adecuando la estructura jurídica a los cambios que empujan las sociedades informatizadas, conserven y protejan los derechos, libertades y garantías de la riqueza de valores, poniéndolos al recaudo preventivo y, en su caso, correctivo, cuando las lesiones a la dignidad y personalidad humana, a la intimidad o privacidad personal y familiar, el honor, el buen nombre, la imagen y la reputación ya se hayan producido.

A esta altura, ya no es posible seguir tolerando las incursiones en los ficheros públicos y privados que, interconectando datos personales, lesionan los derechos que el constituyente ha consagrado. Particularmente, estas degradaciones no pueden quedar inermes si los sujetos que las activan son también ciudadanos destinatarios de estos derechos, pero carentes de sensibilidad y respeto en circunstancias de dinámica comercial y financiera, lo que los hace responsables de decisiones al margen de la normativa constitucional y las leyes orgánicas.

El hábeas data, considerado por la doctrina occidental como un "derecho fundamental cuya finalidad primordial es preservar el derecho a la autodeterminación informativa", y por el ilustre pensamiento de la región andina y de la cuenca del Atlántico como una "garantía procesal constitucional" para tutelar derechos fundamentales ligados a la intimidad y privacidad y, en la onda expansiva de la jurisprudencia de

los Tribunales o Cortes Constitucionales, para salvaguardar otros derechos como consecuencia de la nutrida discriminación de las personas en el tratamiento informatizado de sus datos confiados a la administración pública y los obtenidos en interconexiones desmedidas, se convierte hoy en el mecanismo de defensa, oportuno, sencillo y eficaz en la prevención y reparación de conductas ilícitas.

La pregonada eficacia de la garantía abordada no será visible sino cuando los órganos del Estado, en conciliación de intereses entre la actividad pública y privada, coloquen al alcance de toda persona la Ley Orgánica que regule el procedimiento de aplicación, defina los principios básicos, precise el contenido y alcance de los derechos a tutelar, las competencias de los tribunales, establezca los órganos de control en el tratamiento de datos, la seguridad y el registro de ficheros, defina el ámbito de aplicación de la norma e incluya una pedagogía de promoción masiva de los derechos de los ciudadanos; pues la confluencia de la gama de elementos ha de encargarse de configurar la normativa de desarrollo del hábeas data.

4.1. Principios básicos del hábeas data

El ejercicio de la libertad en la utilización de la información y los procesos que desarrollan los sistemas informáticos encontrarán sus metas y objetivos específicos en tanto su orientación ética se deslice por los fueros del acatamiento de las normas y del respeto por los valores que integran los derechos fundamentales, y no sólo la intimidad y privacidad como prioritarias de protección.

Hay que reconocer que los principios en el texto de las leyes orgánicas, integrados por valores, se implican y complementan recíprocamente, al punto que los primeros se proponen informar con nítida claridad la actuación dinámica de los ficheros públicos y privados que posean y procesen datos informatizados personales, con el propósito de que las líneas límites de las garantías sean lo suficientemente exigibles y compatibles en el resguardo de los bienes jurídicos de las personas.

Estos principios, proclamados en términos de dimensión, se orientan a materializar del modo más ponderable la actividad lícita de los ficheros informatizados en las fases de recogida, acceso, actualización, rectificación, confidencialidad, tratamiento, cesión y transferencias de datos que configuran el proceso de información procesada y los que tienen que ver con las condiciones físicas, técnicas y de procedimiento que confieran seguridad a los datos confiados por los interesados y que sean permisibles a su vez al ejercicio del derecho al olvido. A este respecto, la intervención precisa de Gabriel Freixas Gutiérrez clarifica la concepción que se tiene de los principios al reconocer: "Estos principios tienen que regir todas las operaciones de tratamiento y cesión de datos de carácter personal y que inspiran la regulación de algunos aspectos de los ficheros donde se almacenan". [9]

---

[9] Gabriel Freixas Gutiérrez: *La protección de datos de carácter personal en el derecho español, aspectos teóricos y prácticos*, Bosch, Barcelona, 2001, p.151.

Por nuestra parte, estimamos que los principios que podrían servir de fundamento y guía de la futura Ley Orgánica de desarrollo en el tema del hábeas data para Bolivia deberían incluir a los siguientes:

1º *Principio de información oficial de la existencia de ficheros públicos o privados.* Es la mejor manera de que las personas conozcan quién, cuándo, por cuánto tiempo y con qué finalidad se recogen sus datos con lealtad y transparencia para ser sometidos a tratamiento.

2º *Principio de la necesidad del consentimiento libre, expreso e informado*. La persona que proporcione la información deberá hacerlo en forma libre, expresa e informada, de manera que no haya duda de interpretación; incluso en aquellos casos en que se manejen datos de acceso público y los registrados y tratados por ficheros de seguridad policial, salvo en los dispuestos por ley cuando se hallen debidamente justificados o respondan a intereses sociales de la administración pública.

3º *Principio de vinculación a la finalidad*. Significa que los datos que voluntariamente cede la persona al responsable del fichero público o privado no sean objeto de un tratamiento incompatible con la motivación y razón original de su recogida y tampoco sean cedidos o transferidos a terceros o a otros ficheros destinatarios nacionales o extranjeros, sin consentimiento del interesado.

4º *Principio de la veracidad de los datos.* Exige que los datos que se manejan en los registros informatizados deben ser exactos y verdaderos y sólo deben permanecer por el tiempo acordado en el momento del suministro. Este principio comprende también a los ficheros que manejan datos incompletos.

5º *Principios de acceso, actualización, rectificación, confidencialidad y cancelación de datos.* Se traducen como facultades derivadas del derecho, para que el afectado, una vez informado del tratamiento de sus datos, solicite al responsable del fichero que directamente proceda al pedido de su actualización cuando no correspondan al tiempo de cesión, rectifique posibles errores en el uso y tratamiento, proceda con confidencialidad para que no se divulguen datos que pudieran perjudicar al interesado, y los cancele o elimine cuando dicho tratamiento no se encuadre con los principios o no se ajuste a la ley.

6º *Principio de responsabilidad.* Supone que el incumplimiento de la normativa por parte del destinatario de los datos —que bien puede ser el responsable, encargado u otra persona que actúa por ellos—, impidiendo el ejercicio de los derechos de acceso, actualización, rectificación, confidencialidad y cancelación, generará la correspondiente responsabilidad. La responsabilidad nada tiene que ver con la culpabilidad o la imprudencia. El tribunal de garantía de primera instancia deberá calificar los daños y perjuicios.

7º *Principio de la protección reforzada de datos sensibles.* Los datos relativos al origen racial, las convicciones religiosas, filiación política o sindical, salud, educación y relaciones sexuales, que puedan dar lugar a tratamiento

discriminatorio, no podrán ser almacenados, salvo que el interesado otorgue su consentimiento o que mediante ley se disponga el tratamiento, como en los casos de investigaciones científicas.

8º *Principio de secreto.* Consiste en la no revelación de datos personales a que se ven obligados los que hubieran intervenido en el proceso de tratamiento informatizado de datos, exigencia que se mantiene incluso en caso de haber cesado en sus funciones.

9º *Principio de seguridad.* Está referido a que los responsables o encargados de ficheros ofrezcan los medios físicos, técnicos y humanos que impidan el acceso indebido de terceros, frenen intentos de alteración y eviten en definitiva la pérdida de los datos, considerados importantes sobre todo en supuestos en que son indispensables para establecer responsabilidades o esa valía sea fijada por la autoridad administrativa o el juez.

10º *Principio de oposición.* Es el derecho del titular para que, una vez informado en forma clara e inequívoca de los datos personales objeto de tratamiento en los ficheros públicos o privados, o bien requerido en el suministro de sus datos, con justificación se oponga a dicho tratamiento, o a brindar su consentimiento para desprenderse de sus datos. En el ejercicio de este derecho la prueba le corresponde al interesado, mientras que en las fases de información, acceso, actualización, rectificación, confidencialidad y cancelación negada por la administración pública o privada la carga de la prueba les incumbe a los responsables o encargados de los ficheros.

11º *Principio de control.* Exige permitir la inspección y revisión periódica llevada a cabo por el director de la Agencia de Protección de Datos y los técnicos que actuarán como asesores, de los ficheros públicos, privados y los regulados por disposiciones especiales. El cargo, por la responsabilidad que implica, deberá ser objeto de convocatoria pública del Congreso y designación por dos tercios de votos de los parlamentarios de las Cámaras de Diputados y Senadores. Se trata de un procedimiento que determina cierta garantía en la independencia del ejercicio atribuido.

12º *Principio de generalidad en el ámbito de aplicación*. Estarán comprendidos bajo su regulamiento todos los ficheros de la administración pública y privada que se hallen inscritos en el Registro Nacional de Ficheros, y aquellos que en su estructura organizativa se rijan por leyes orgánicas específicas, como Policía, Fuerzas Armadas, Corte Nacional Electoral, Instituto Nacional de Estadística, etc.

13º *Principio de celeridad.* Ante toda solicitud de datos que formulen los titulares de los derechos, las autoridades y representantes legales de los ficheros públicos y privados estarán obligados a conocer y decidir en plazos perentorios que no sobrepasen los 15 días.

14º *Principio de gratuidad.* Los afectados en sus derechos podrán efectuar sus peticiones a los responsables o encargados de los ficheros públicos o privados, en forma gratuita.

15º *Principio al olvido.* Los datos personales que hubieren cumplido con la finalidad que motivó su cesión, o se estimaren insuficientes o innecesarios para alcanzar esa finalidad, serán suprimidos o cancelados aun de oficio por los responsables de ficheros. Por tanto, el titular del derecho en estos supuestos y en otros que eviten el almacenamiento indefinido de sus datos (caducos u obsoletos) tiene el derecho de peticionar su cancelación a la administración.

4.2. Derechos fundamentales a proteger

Siguiendo la opinión de Antonio Pérez Luño, que con estilo propio del culto dedicado a los derechos fundamentales sostiene que "[e]l hábeas data, constituye en suma, un cauce o acción procesal para salvaguardar la libertad informática […]", [10] Francisco J. Eguiguren Praeli, constitucionalista peruano, autoridad indiscutible en el tema, expresa: "El hábeas data parece surgir como un intento de actualizar o extender el elenco de procesos constitucionales; es decir para responder a las mismas situaciones y realidades […]". [11] En esta misma dirección, con ponderada fundamentación, su colega Elbito Rodríguez Domínguez precisa: "La acción de hábeas data tiene por finalidad garantizar la efectividad del derecho que tiene toda persona para obtener la información que requiera de cualquier entidad pública y a que los servicios informáticos no suministren información que afecten la intimidad personal y familiar". [12]

La posición uniforme y esclarecedora de la ilustración mencionada confirma inequívocamente que "el hábeas data es una garantía procesal constitucional de tutela, en supuestos en que la informática en su actividad pública o privada y también particular hace uso y tratamiento de información y datos, que afectan a la persona en sus derechos a la intimidad personal y familiar, el honor, buen nombre, imagen, reputación y todos aquellos inherentes al desarrollo de su personalidad".

En la reforma de la Constitución recogida en la ley nº 1631, de 20 de febrero de 2004, artículo 23º, el constituyente boliviano se circunscribe sólo a los derechos a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación, sin extender su ámbito y en formulación positiva al derecho de los titulares de ejercer control desde la recogida de datos hasta la última fase del tratamiento. Puesto que los procesamientos sofisticados de la informática y su actividad perniciosa masivamente

---

[10] Pérez Luño: o. cit., p. 387

[11] Eguiguren Praeli: o. cit., pp. 119-120.

[12] Elbito Rodríguez Domínguez: *Derecho procesal constitucional,* 2ª ed., Grijley, EIRL, Lima, 1999, p. 151.

pudieran lesionar otros, como aquellos derivados del medio ambiente y que afectan a la salud de las personas, el nombre, cuando se vea comprometido en escenas, revistas —sea por confusión o discriminación—, el domicilio privado, la correspondencia y todo lo relacionado con el desarrollo de la personalidad humana y su dignidad, parece necesario ir más allá de estos reconocimientos.

En este segmento creemos que la *intimidad* debe evitar ser confundida con la *vida privada*, aunque ambas gocen de protección constitucional; así en la sentencia del Tribunal Constitucional de España 156/2001, de 2 de julio de 2001, en FJ 4 se lee: "Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad reconocido por el art. 18.I CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la personalidad, que deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.I CE, reconoce, e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente la acción y el conocimiento de los demás. Por ello hemos sostenido que este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado frente al conocimiento y la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida". Es más, el derecho a la intimidad familiar y personal se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad. Así, verbigracia, se consideran como aspectos sensibles absolutamente privados protegidos del conocimiento ajeno —es decir, de las consecuencias negativas que un conocimiento ajeno inoportuno pudiera derivar para la persona— *el religioso y el ideológico*, cuya preservación no puede ser más concluyente por la norma constitucional, tenida cuenta de que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

Prácticamente tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que el derecho a la intimidad y privacidad familiar impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición y así preservarlas de potenciales agresiones a ese ámbito reservado, no accesible a los demás, en especial cuando la protección de otros derechos fundamentales puede justificar que ciertas informaciones relativas a sus personas o su familia sean registradas o archivadas por un poder público.

En esta línea de protección ha tenido que ser la jurisprudencia la que más ha contribuido en la determinación de las tutelas. Así, ha fijado con precisión a) el deber de los poderes públicos de proteger la intimidad frente a inmisiones de ruidos en el ámbito domiciliario y b) la obligación de limitar la accesibilidad a documentos o archivos públicos en los que figuren datos relativos a una persona o familia, con el fin de evitar el carácter irreversible o irreparable del daño que pudiera sufrir el derecho a la intimidad de los afectados.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en la sentencia de 17 de octubre de 1986 (asunto Rees c. Reino Unido), ha mantenido en constante

doctrina que "si bien la principal finalidad del artículo 8 (RCL. 1979), es proteger a las personas contra las injerencias arbitrarias que emanan del poder público, puede además imponer obligaciones positivas para se respete efectivamente la vida privada, aunque sujetas al margen de apreciaciones del Estado". En la sentencia de 26 de marzo de 1985 el TEDH (asunto X e Y c. Países Bajos) también ha precisado que esas obligaciones positivas "pueden impulsar la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada incluso en las relaciones de los individuos"; pero esta protección no sólo es frente a las intromisiones e injerencias conocidas, "sino también frente a los riesgos que pueden surgir en una sociedad informatizada y tecnológicamente avanzada".

Desde otro enfoque, pensemos también que la difusión no consentida de la imagen de una persona comporta al mismo tiempo la vulneración del derecho a la intimidad o del honor, o ambos; baste pensar en la publicación de imágenes pertenecientes a la vida íntima o a la vida privada de las personas, o en la publicación de imágenes con ocasión de noticias deshonrosas o consideradas tales de manera que, con pie de foto o sin él, se relacione a las personas de la imagen con las noticias divulgadas. Para Gitrama, la imagen "constituye un derecho innato de la persona, derecho que se concreta en la reproducción o representación de la figura de ésta, en forma visible y reconocible"; es decir que es un derecho subjetivo de carácter privado y absoluto. Es un derecho personalísimo, pero dotado de un contenido potencialmente patrimonial, en cuanto que a través de su ejercicio pueden obtenerse bienes económicamente valorables, y además en cuanto a la posible indemnización primaria en el caso de su violación. En suma, viene a ser un derecho inalienable e irrenunciable, y en general inexpropiable; además de ser también un derecho intransmisible mortis causa, bien que su tutela post mortem corresponda fundamentalmente a los más próximos parientes del difunto; en fin, es un derecho imprescriptible.

Lo hasta aquí señalado invita a tener que referirse al *derecho al honor*, haciendo notar al respecto que una cosa es que el derecho a la propia estimación, al buen nombre o reputación en que el honor consiste pueda ser patrimonio no sólo de las personas individualmente consideradas, sino también de personas jurídicas. El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y dependiente de las normas, valores, costumbres e ideas sociales vigentes en cada momento; por ejemplo, parece evidente que el honor del hidalgo no tenía las mismas pautas de referencia que interesan al hombre común de nuestros días.

En todos estos supuestos los conceptos de intimidad y privacidad personal y familiar parecen quedar minimizados en su contenido y alcance, y en su perspectiva de adecuación evolutiva a la diversidad de cambios operados en serie por la informática. Esto equivale a sostener que la interrelación entre informática y derechos fundamentales no limita su campo de acción sólo al derecho a la intimidad, pues es bien sabido que no todas las manifestaciones de la sociedad tecnológica y de la informática afectan a la intimidad, ni sus repercusiones sobre los derechos de los ciudadanos se refieren sólo y exclusivamente a la intimidad.

El sector de la intimidad es uno de los más directamente afectados —qué duda cabe—, pero no es el único. Recordemos el caso narrado de Julio César Ardita, un joven argentino que desde un modesto ordenador, en 1995, ingresó a los archivos secretos de la Armada de los Estados Unidos, descodificó los seguros de la Universidad de Harvard y llegó a penetrar en los archivos de Corea del Sur y México. Cabría preguntarse en este caso concreto: ¿qué derecho se ha violado a estos países? Pensamos que los valores o bienes a los que se pretende dar cobertura con el hábeas data en la reforma serían insuficientes para extender la tutela a este caso. Por ello es interesante la posición de Diego Lagares, quien al calificar de medio incontrolable e indómito a la comunicación y el uso de Internet señala: "la tarea del legislador ha de ir pareja a la del sociólogo para percatarse de las transformaciones sociales y proponer controles jurídicos válidos para multitud de países con políticas y normativas distintas".[13]

Sin que el razonamiento pueda interpretarse como negación del amplio contenido que integra el derecho a la intimidad y privacidad, lo importante es que la garantía del hábeas data como mecanismo procesal constitucional que el legislador ha incluido en la norma básica fundamental sea el bastión contenedor preventivo y correctivo de todos aquellos derechos fundamentales y libertades de las personas que se vean tangiblemente amenazadas o afectadas por el tratamiento ilícito de sus datos personales y patrimoniales en ficheros de la administración pública y privada, sean éstos informatizados o mecánicos. Hay quienes piensan, como Miguel Ángel Davara Rodríguez, en la importancia de la buena práctica profesional para "llegar al nivel mínimo deseable de conocimientos sobre tratamiento de datos de carácter personal que permitan decir que en nuestra sociedad existe una cobertura básica en defensa de tan elemental derecho".[14]

Es trascendente el criterio expuesto por Andrés Guadamuz referente a los efectos del hábeas data y su finalidad:

> Las garantías del Hábeas Data, le dan al individuo el derecho a acceder, rectificar, actualizar, incluir, destruir o mantener la confidencialidad de una información personal sensible, pero es obvio que será difícil de lograr si la información es almacenada en un país extranjero. No obstante, todo sugiere que esta será una herramienta adecuada para la protección de la privacidad a nivel local.[15]

---

[13] Diego Lagares García: *Internet y el derecho,* Carena, Barcelona, 2000, p. 34.

[14] Miguel Ángel Davara Rodríguez: *La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas,* Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, p. 14.

[15] Andres Guadamuz: "Hábeas Data: The Latin-American Response to Data Protection", *Journal of information, law & Technology* (2000), p. 11 (en línea en ‹elj.warwick.ec.uca./jilt/00-2/guadamuz.html›).

4.3. Órgano jurisdiccional competente: forma de resolución y efectos

Conforme disponen los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 25.1 de la misma Convención, toda persona tiene derecho a ser oída públicamente, dentro de un plazo razonable y con las debidas garantías, por un juez o tribunal competente e imparcial, que ampare sus derechos fundamentales violados. Estas disposiciones supranacionales guardan relación con el contenido del título tercero, capítulo i, apartados I al X del artículo 118 de la Constitución de Bolivia, que prevén el derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, gratuita y pública.

En este marco jurídico y para hacer efectivos los derechos de información, acceso, actualización, rectificación, confidencialidad, oposición y cancelación de datos personales, se plantea la actuación del Estado en dos vías: la administrativa y la judicial.

En la vía administrativa: El titular del derecho o su representante con poder notarial, el fiscal o la defensa pública, peticionarán ante el responsable o encargado de los ficheros públicos o privados, reclamando la afectación de sus derechos de información, acceso, actualización, rectificación, confidencialidad, oposición y cancelación de datos, cuyo tratamiento discriminatorio le ocasiona restricciones ilícitas.

La autoridad o representante legal deberá resolver la solicitud en el plazo de cinco días hábiles a contar desde la recepción del reclamo, y la hará conocer al interesado en forma escrita. En caso de ser estimada, procederá a corregir conforme a la ley los derechos impugnados; en caso de desestimación la resolución podrá apelarse en el plazo de 48 horas computable a partir de su notificación ante la misma autoridad inferior, quien remitirá los antecedentes en el plazo de 24 horas al director de la Agencia de Protección de Datos, autoridad que resolverá la apelación en el plazo de cinco días. La resolución será de dos formas: aprobatoria y revocatoria. En el primer caso confirmará los extremos de los fundamentos del inferior y en el segundo, por encontrar interpretaciones inadecuadas a la ley, cambiará sustancialmente la resolución ajustando la decisión a la norma constitucional.

Los responsables o encargados de los ficheros públicos o privados que adviertan omisiones a la ley que comprometan los derechos de los titulares, siempre que se trate de los derechos de información, acceso, actualización y rectificación, podrán corregir de oficio las afectaciones, que se harán conocer a los titulares o sus apoderados y a los responsables de ficheros destinatarios de la cesión de datos o transferencias.

En la vía judicial: Este mecanismo no se activa a partir del previo agotamiento de la esfera administrativa, sino en situaciones en que se nieguen los derechos de información, acceso, actualización, rectificación, confidencialidad, oposición y cancelación de datos por parte de los responsables o encargados de los ficheros de la administración pública o privada y la Agencia de Protección de Datos Personales, o cuando se esté ante supuestos que revistan urgencia por los daños graves inminentes que se producirán en caso de consumación de la infracción.

La acción del hábeas data se interpondrá con motivación razonada por el titular del derecho o su representante, con poder notarial; el fiscal o la defensa pública, ante las cortes superiores en su sala por turno (Sala Constitucional) en las capitales de departamento; ante el juez de partido ordinario en lo civil en las capitales de provincia, y ante el juez de instrucción o de garantías en los lugares donde no existan jueces de partido; autoridades que, conforme a la interpretación de la Constitución, admitirán la acción y fijarán audiencia en el plazo de 48 horas a partir de la notificación a las partes (personalmente o por internet). En caso de insuficiencia o falta de precisión en el objeto del derecho impugnado, el tribunal o juez podrá mandar que se complemente la acción en el plazo de 48 horas y, subsanadas las omisiones, procederá a su admisión. En el desarrollo de la audiencia las partes podrán asistirse de sus respectivos abogados y no se aceptarán cuestiones previas o prejudiciales u otras que tiendan a retardar la decisión.

Instalada la audiencia y escuchadas las partes en igualdad material, con los fundamentos expuestos y las pruebas que se hayan adjuntado al expediente, el tribunal o juez dictará sentencia en el mismo acto, sin que ningún motivo incida en su suspensión. La sentencia será de procedencia estimatoria o improcedencia desestimatoria. En el primer caso, el tribunal o juez formará convicción de haberse producido la ilicitud de afectación al derecho reclamado y mandará que se cumpla en el acto el correctivo conforme a la Ley Orgánica; es decir, siempre que los registros puedan provocarle al actor determinada discriminación. En el segundo caso, si practicado el análisis considera que no ha existido lesión al derecho y que la autoridad demandada ha actuado conforme a la ley, dispondrá la fijación de una multa que oscile entre Bs. 1.000 a 2.000, que se cumplirá en el acto y en beneficio del Poder Judicial.

La sentencia que declare procedente el hábeas data se ejecutará inmediatamente y el tribunal o juez podrán calificar daños y perjuicios si es que hubiere motivos justificados para ello. En caso de no ser posible la calificación en la misma audiencia, se tramitarán los daños por separado, abriendo un plazo probatorio de cinco días común a las partes. El monto que se fije será ejecutado inmediatamente con cargo al obligado.

El tribunal o juez elevará la sentencia de improcedencia ante el Tribunal Constitucional en grado de revisión y en el plazo de 24 horas. El Tribunal Constitucional la admitirá en el plazo de cinco días y pronunciará sentencia en el plazo de 30 días, sin perjuicio de solicitar a las partes cuanta prueba sea necesaria para formar convicción.

La sentencia que dicte el Tribunal Constitucional podrá ser de a) *aprobación*, cuando esté conforme con la interpretación del inferior y, b) *revocatoria*, en caso contrario. En tal caso dispondrá lo que corresponda prevenir para corregir la impugnación del derecho específico reclamado en el marco de la CPE y la Ley Orgánica y normas internacionales.

La sentencia asumirá el carácter de obligatoria y ninguna autoridad o persona particular podrá oponerse a su cumplimiento, sin perjuicio de remitirse antecedentes

al Ministerio Público para su juzgamiento como presunto reo de atentado contra sentencias de garantía constitucional.

Los tribunales y jueces de garantía en el conocimiento y decisión de las acciones de hábeas data, antes de pronunciar sentencia, podrán ser asistidos del asesoramiento informático por el director o subdirector del Departamento de Informática del Poder Judicial y Tribunal Constitucional, y en provincias por un profesional o técnico del ramo.

5. En los albores de la Asamblea Constituyente en Bolivia, perfil de nuevos derechos fundamentales que podrían cobrar valor de referencia en la informática

5.1. El derecho a la autodeterminación informativa

Sea que el contundente desarrollo tecnológico de la informática se compare con la revolución genética o se lo describa como la tercera fase de la historia de la comunicación denominada del lenguaje electrónico, lo evidente es que su vertiginoso avance provoca la utilización de datos personales más allá de la esfera de la intimidad, afectando la parcela de la privacidad, que convierten a la administración pública y las empresas privadas en fuentes inagotables de conocimiento e información. Este conocimiento confiere a quienes poseen la información un poder de control y seguimiento de las diversas actividades de las personas, cuyo relacionamiento o conexión pueden incidir negativamente en sus derechos fundamentales.

Debe reconocerse que con la informatización, tanto el ámbito íntimo como el menos próximo a la persona pueden verse fácilmente perjudicados, producto de un conocimiento no autorizado por el interesado, de una divulgación en que cabía guardar la reserva, o de un inadecuado tratamiento de sus datos concernidos.

La aparición de nuevas técnicas implantadas en las sociedades informatizadas y aun en las sociedades de mayor subdesarrollo social y económico, carentes estas últimas de un regulamiento jurídico adecuadado, impide el derecho de las personas a manifestarse en una sociedad libre y en igualdad de oportunidades, si constantemente sus datos serán registrados y sometidos a procesamiento sin haber informado al titular acerca de la finalidad y las condiciones de seguridad que ofrecen los sistemas informatizados de la administración pública y órganos privados.

Ante la amenaza del tratamiento nada ético de los datos personales que registran y almacenan los órganos de la administración, tanto pública como privada, se sugiere el desarrollo de un nuevo derecho, siguiendo las pautas transformadoras del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Constitucional español, los que a través de históricas sentencias ya referidas en el capítulo pertinente del tema investigativo han creado el denominado *derecho a la autodeterminación informativa* o, como prefieren adoptar la doctrina y la jurisprudencia españolas, *derecho a la libertad informática*, concebido como la libertad de la persona para determinar quién, qué y

con qué ocasión pueden los entes públicos y privados conocer informaciones que conciernen a cada uno. Según la connotada opinión de Antonio Enrique Pérez Luño y la opinión penetrante de Ana Isabel Herrán Ortiz, el fundamento último de la autodeterminación informativa consiste "no en preservar ocultos y aislados del conocimiento ajeno los actos y vivencias de la realidad personal, sino en mantener la libertad y dignidad del individuo, evitando la fiscalización interesada de la vida de las personas y, a través de ello, impedir la instrumentalización del ser humano".

Esta nueva categoría de derecho fundamental actuará en aras de garantizar la tutela íntegra de la personalidad y no sólo de la intimidad o privacidad familiar; sino incluso otras manifestaciones informatizadas que invadan la esfera de calidad de vida de los sujetos en sus pretensiones de bienestar social.

5.2. Derechos fundamentales de las mujeres

En el campo de la dimensión teórica de la normatividad del principio de igualdad, parece claro que la valorización de la diferencia sexual se funda esencialmente en este principio normativo; esto es, que la igualdad consiste en el igual valor de las diferencias como rasgos constitutivos de la identidad de la persona y como tal es asegurada por el carácter universal de los derechos fundamentales.

Este paradigma, al identificar el derecho a la igualdad con el derecho a la identidad diferente, excluye que las diferencias sean erigidas en estatus, incluso con la ponderable pretensión de conseguir una mayor tutela y valorización de éstas, y confía su afirmación únicamente a los derechos de libertad, vale decir, a la igualdad en su libre expresión y autodeterminación.

En resumidas cuentas, ninguna identidad-pertenencia debe asumir la relevancia jurídica de un estatus personal diverso y específico. El paradigma aquí perfilado comporta que las diferencias entre varones y mujeres no se reafirman ni se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre estatus, sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide y califica la igualdad, y por otra parte, con el desarrollo de sus técnicas de garantía implicadas.

Habría que preguntarse si la definición aquí propuesta de la igualdad como igualdad *en droits* no comporta una diferencia no sólo de hecho sino también de derecho entre mujeres y varones vinculada a la existencia de derechos fundamentales específicamente de las mujeres. Por eso surge la primera interrogante: ¿existen derechos fundamentales de las mujeres y sólo de las mujeres? Producto del debate feminista han surgido primordialmente tres: a) *la libertad femenina*; b) *la inviolabilidad del cuerpo de la mujer*, y c) *la autodeterminación en términos de aborto*; empero, habrá que decir que la libertad personal y la inviolabilidad del cuerpo al parecer no son sólo derechos de las mujeres.

A esta altura del tema se reconoce un derecho únicamente a las mujeres: "el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad". Se trata de un derecho

que es al mismo tiempo fundamental y exclusivo de las mujeres por múltiples razones: por cuanto forma un todo con la libertad personal, que no puede dejar de comportar la autodeterminación en orden a la opción de convertirse en madre. John Stuart Mill lo llamaba la "soberanía" de cada uno sobre la propia mente y el propio cuerpo. El derecho-poder de traer personas al mundo es un poder, por así decir, constituyente, de tipo metajurídico, ya que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho-pretensión al que desde luego deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en los denominados abortos terapéuticos, porque de por medio es la vida la que se preserva.

Por estas consideraciones, semejante derecho debe corresponder exclusivamente a la mujer, pero al menos en relación con este derecho varones y mujeres no son jurídicamente iguales; al menos la diferencia sexual debe traducirse en derecho desigual o, si se quiere, *sexuado*; y sin embargo, como paradoja, este derecho de género no contradice, sino que, al contrario, está implicado por el paradigma normativo de la igualdad, y precisamente en su nombre debe ser necesariamente reivindicado.

Así enfocado el tema, el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le pertenece de manera exclusiva, porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres. Habrá que afirmar que no puede configurarse "un derecho a la paternidad voluntaria", análogo al "derecho a la maternidad voluntaria", por la simple razón de que la maternidad y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina.

5.3. El derecho fundamental a la ejecución de las sentencias

La doctrina ha defendido mayoritariamente la idea de cumplimiento de las sentencias en sus propios términos. Esto es clarificar que toda norma de manera general, sea mediante ley orgánica o determinada en el texto constitucional, va dirigida a impedir que, sin causas justificadas, las condenas no se cumplan en forma específica, frustrándose las expectativas del sentido esperado por las partes.

Toda ejecución de sentencia debe formar parte esencial del derecho fundamental a la tutela efectiva del órgano jurisdiccional, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución española y en el artículo 116.III de la Constitución boliviana.

Los tribunales en España aplican rigurosamente el principio de identidad entre lo establecido en la sentencia y lo ejecutado, principio que se halla recogido en el artículo 118 de la Constitución española y en el artículo 18.2 de la LOPJ.

La jurisprudencia contenida en la STC 219/1994 exige que se ejecuten los mandatos contenidos en la sentencia, lo que conlleva la realización de los derechos reconocidos en ella o la imposición incluso forzosa del cumplimiento de las obligaciones de condena.

Es de destacar que el derecho a la ejecución de la sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución, sino que es también un esencial interés público el que está implicado e interesado en ello como fundamento del Estado de derecho que demanda que se cumplan las sentencias de los tribunales, y que, desde luego, se cumplan en sus propios términos y no en los que decidan los particulares según sus conveniencias y arbitrios. Debe significarse también que los tribunales no pueden amparar ejecuciones sustitutorias por otras equivalentes, aunque puedan parecer mejores. En efecto, toda ejecución se ha de hacer en los términos de la sentencia, sin ningún margen de discrecionalidad judicial, salvo el caso excepcional de imposibilidad material o legal, que es cuando puede recién abrirse paso a la prestación sustitutoria.

La STC 219/1994 refiere que la ejecución en sus propios términos no impide de ninguna forma que los tribunales deban resolver cuestiones que surjan en la ejecución de sus decisiones, siempre y cuando se trate de cuestiones que sean razonablemente coherentes con lo resuelto en el pleito; sin embargo, lo que no puede hacer el juez o tribunal es resolver cuestiones que no hayan sido abordadas ni decididas en el fallo, o, en otros términos, con las que no exista una inmediata relación directa de causalidad. Por ejemplo, cuando en la sentencia se condena al pago de una cantidad líquida, aunque en ella nada se haya dispuesto sobre los intereses, pues siendo éstos fruto de la obligación legal, puede decidirse sobre ellos en ejecución de sentencia, sin incidir en exceso alguno. Al menos así se ha orientado la STS de 10 de abril de 1992.

En determinados supuestos se entiende que existe modificación y que no existe cumplimiento de la sentencia en sus propios términos cuando, habiéndose ordenado la readmisión del trabajador, esta medida no se produce efectivamente, aunque se abone el salario correspondiente al puesto de trabajo (SSTS de 13 y 20 de marzo de 1991 y 2 de octubre de 1992).

Se reconoce en la doctrina y en la jurisprudencia que la ejecución constituye no sólo un derecho del favorecido a exigir el cumplimiento total e inalterado de la sentencia, sino también un derecho del condenado a que no se altere o desvirtúe, se amplíe o se sustituya el fallo por otro. Así se configura esta línea en la STC 219/1994. Empero, no está de más señalar que, una vez firme la sentencia, a su ejecución sólo puede oponerse una alteración sobrevenida del marco jurídico de referencia para la cuestión debatida en el momento de su resolución por el juzgador; debiendo tratarse de circunstancias sobrevenidas que hagan imposible o dificulten la ejecución de la sentencia, las que deben alegarse oportunamente. Así se desprende de las STC 153/1992 y STC 41/1993.

Como reconocimiento de lo anterior, se asume que "el derecho a la tutela judicial efectiva está integrado por los componentes de acceso a la jurisdicción, sentencia sobre el fondo y efectividad de las resoluciones judiciales. Estos elementos son de obligada observancia por los tribunales ordinarios y corresponde que estén protegidos por el recurso de amparo constitucional ante el tribunal de garantía y en revi-

sión ante el Tribunal Constitucional. Estos componentes deben formar parte del texto de la Constitución boliviana, de manera que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se llegue a satisfacer, cuando los jueces y tribunales a quienes corresponde hacer ejecutar lo juzgado adopten las medidas oportunas para el estricto cumplimiento de la sentencia, sin alterar su contenido y el sentido mismo.

Formando parte de la efectividad de las decisiones judiciales y protegido, por tanto, por el recurso de amparo, se debe encontrar el derecho fundamental del litigante a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes de manera total, integral y de acuerdo con el fallo. Por consiguiente, frente a infracciones de derechos y garantías procesales que emerjan de cuestiones de legalidad ordinaria de los jueces y tribunales, el Tribunal Constitucional tendrá la misión de velar, por vía de amparo, por la observancia de estas garantías y derechos constitucionalizados, en cuyo caso anulará la resolución y devolverá la causa a los tribunales ordinarios para que corrijan la afectación.

5.4. Derecho de decisión ética e integridad jurídica en sede judicial

La doctrina del Tribunal Supremo de España asume que: "el error judicial de derecho, está reservado a supuestos especialmente cualificados en los que se advierte una desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundado en normas inexistentes o entendidas de modo palmario, fuera de su sentido o alcance, debiendo tratarse de un error, claro, evidente e injustificable, para que se case y se lo declare error judicial de derecho".

Esta doctrina califica la aplicación de la norma más allá de los límites de su sentido o alcance desarticulada de los componentes fácticos, como *error de derecho*, atribuible en todo caso al excesivo descuido en la decisión judicial, error que es reparable por vía de casación. Desde luego que para anclar en esta interpretación es esencial considerar el margen mínimo de error probable, que siempre debe estar presente en la idea constructiva de la resolución judicial, ya que quien decide es una persona y se supone que su resolución responde al tamiz obligado de varias formas de preconstrucción, que por criterio selectivo quedan en la invisibilidad de lecturas y consiguientemente en el impenetrable cofre de la conciencia del juzgador.

Conforme a la interpretación de la Sala Penal de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación contenida en el auto supremo n° 55, de 29 de enero de 2004, de la motiva y razonamiento jurídico se extrae: "que el art. 173 del Código Penal, establece que el prevaricato es esencialmente doloso y se consuma instantáneamente; esto es, tan pronto el Juez falla contra la ley a sabiendas que lesiona voluntariamente y a conciencia el bien jurídico de la justicia. Esto supone que en su estructura deben concurrir los aspectos siguientes: a) El aspecto de conocimiento o cognoscitivo, b) El aspecto del querer o volitivo y c) El aspecto de fallar manifiestamente contra la ley lesionando el valor de la justicia".

El término *a sabiendas* implica que el juez o tribunal, al tiempo de emitir su decisión, se representa que cuanto tenga que brotar como producto de su voluntad intencional es injusto; distorsión que emerge de la fuente misma de sus ideas preconcebidas. Esto es que, pese a estar consciente de la probabilidad de su actuación contraria a la ley, la echa en camino y la materializa, incluso a riesgo de ser descubierto, advertido y sancionado por el perjuicio que genera a una de las partes, sea por interés económico, desafecto manifiesto u otra causa vinculante con el ilícito.

Concretamente, el sentido de la expresión *a sabiendas* en la prevaricación judicial es recordar que el juez o tribunal debe conocer que su decisión infringe la ley; extralimitación dolosa del operador de justicia que lesiona el valor supremo del derecho, en manifiesta abstracción de los principios de verdad, legalidad, sigilo y adecuada ponderación del valor jurídico de las circunstancias de hecho. Prácticamente, el órgano jurisdiccional actúa con conciencia plena, deliberada de la ilegalidad o arbitrariedad que desencadena en la injusticia de su decisión.

Es innegable que la prevaricación exige la comprobación de un *tipo objetivo*, la acción de dictar resolución injusta, y de un *tipo subjetivo*, haber realizado la acción a sabiendas de la injusticia o habiendo tenido a la vista una resolución manifiestamente injusta, con independencia de los móviles concretos del hecho que tramita.

En relación con la descripción anterior, el ilustre García Aran, [16] al abordar el delito de prevaricato, reseña:

> […] que los delitos dolosos de la prevaricación exigen que el juez conozca la injusticia de la prevaricación, no simplemente que advierta su probabilidad, porque precisamente en ese conocimiento está el núcleo esencial del delito, que lo diferencia sustancialmente de la infracción de la ley merecedora únicamente de los oportunos recursos.

Estas precisiones doctrinarias hacen que los límites de ambos temas queden claramente definidos, como murallas de contención a pretensiones de partes que, en el entendido común y equívoco de que todo fallo adverso suficientemente fundamentado que emerge de la prolijidad de los jueces y tribunales activa la acción del juicio de prevaricato, no son nada saludables para el servicio público permanente de la justicia; por el contrario, su entendimiento errático al margen de la función crítica, valorativa e interpretativa de la norma positiva que promueve la dogmática penal contemporánea no tiene sede ni alojamiento en la perspectiva del progreso de la ciencia procesal del derecho, en el respeto a los derechos fundamentales del juzgador en la noble misión de la administración de justicia, *primordialmente de la libertad o capacidad de autodeterminación de la misma persona humana, objeto y fin del juzgador que en su decisión protege la suprema idea genérica de libertad de las partes en contienda procesal, asegurando la pacífica convivencia.*

---

[16] En Ramón Ferrer Barquero: *El delito de prevaricación judicial*, 2002, p. 161.

Es deber primordial apuntar que el derecho no es una ciencia exacta, como demuestra el sistema de recursos; de ahí que siempre habrá interpretaciones de la ley y decisiones judiciales diferentes en grados e instancias dentro de un mismo proceso penal, sin que esto tenga que concebirse como actuación dolosa en las resoluciones en detrimento de la justicia.

El derecho de acceso a la justicia y de obtener de los tribunales decisiones claras y fundadas en forma oportuna tiene su equilibrio en la garantía procesal de los principios de legalidad, probidad e imparcialidad, sin cuya contextura concresiva sería casi improbable sentar las bases de una justicia democrática y de una población dispuesta a aceptar con criterios de ponderación no sólo la decisión favorable, sino incluso aquella que les pueda ser adversa, si ésta es expresión de "justicia" pura y objetiva y responde a las reglas del debido proceso penal.

Por eso, es importante atenuar los impulsos de acciones subjetivas e insustentables que pongan en duda la decisión del juez o tribunal, si ella no está asistida de un mínimo de prueba que la respalde. El surgimiento de un nuevo derecho a partir de la dignidad y libertad que son inviolables, abren las puertas del desarrollo al *derecho de decisión ética e integridad jurídica en sede judicial, frente al deber de acatar su cumplimiento por las partes.* Si el cumplimiento de la Constitución y las leyes es un deber de las personas, su lógica de enclave complementaria vital sería que la interpretación sistemática y práctica de la norma sea de rigurosa observancia en similares términos.

Sin embargo, más allá de la trascendencia del catálogo de derechos fundamentales que se puedan ampliar en el artículo 7 de la Constitución, cuya responsabilidad recaerá sobre la Asamblea Constituyente en el futuro, no es menos importante reconocer que en la estructura social compleja, concretamente en sede de la jurisdicción penal, "jamás el error de derecho será comparable al daño que sufre la sociedad al condenar a alguien inocente, que la persona que puede sufrir observando consciente, azorada e indefensa cómo personas 'culpables' han obtenido sentencias absolutorias".

5.5. El derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y adecuado integralmente, para la preservación y desarrollo de la vida

Constantemente se habla del deterioro de la capa de ozono y de los rayos solares que con mayor profusión penetran en la Antártida, sin que su deterioro sea asumido en corresponsabilidad por los países industrializados, para preservar la vida de los seres humanos del planeta.

Es cierto que son distintas las causas que propician la degradación del medio ambiente; pues no es sólo la energía nuclear, no es sólo la contaminación de vertidos a las aguas de los mares, ríos y lagos, etc., no es sólo tampoco la producción bioquímica, no es sólo el cambio de la corteza terrestre producida por la irresponsabilidad de la persona humana; es todo un poco cuando, en busca del desarrollo y progreso de

las sociedades tecnológicas e informatizadas, se sobrepasan las fronteras y límites permitidos, racionales y equilibrados.

El avance de la civilización tiene su dimensión negativa, advertible, previsible y restauradora, siempre y cuando existan criterios colectivos de concienciación en la preservación de la vida, la salud y el equilibrio ecológico en el medio ambiente; concepto que en versión de José Augusto de Vega Ruiz, "es el conjunto geofísico que conforma la naturaleza dentro de la cual se desarrolla la vida de las personas".

Esto implica reconocer que existe: a) *un medio ambiente hídrico*, b) *un medio atmosférico* y c) *un medio físico*, y que el medio ambiente es en la práctica el resultado de los tres componentes. En resumidas cuentas, el medio ambiente es un valor jurídico de nivel e interés superior, que integra en su interrelación la vida humana, la salud individual o pública, la cultura, la riqueza de los pueblos, de las comunidades indígenas y etnias.

Cuando se habla de la ecología como dimensión positiva del medio ambiente, ella supone el estudio de los sistemas constituidos por una determinada especie y el medio en que viven. En efecto, la ecología estudia la vida de las especies animal y vegetal, y, como entre los seres vivos y el medio existe un intercambio necesario de materiales químicos, hay que entender que las concentraciones de éstos constituyen factores ambientales de decisiva importancia para la vida de tales especies. Pensemos en el agua de mar, que no es simplemente una sustancia homogénea, con una cantidad de propiedades físico-químicas, sino que es una especie de plasma con múltiples sustancias necesarias y vitales para el crecimiento y la reproducción de las especies marinas; lo mismo puede sostenerse con relación a las especies de los ríos.

En opinión de Triffterer, la protección del medio ambiente se dirige en especial a los fines siguientes: a) *evitar o reducir los daños ocasionados por las sustancias tóxicas, ante todo las radioactivas, químicas y bioácidos*, b) *mantener la limpieza de las aguas*, c) *eliminar los desechos*, d) *evitar la inmisión*, e) *proteger de ruidos y vibraciones* y f) *proteger del paisaje y de la naturaleza.*

La Comunidad Europea en su política de preservación del medio ambiente, en 1972, consideró que el medio ambiente comprende toda la gama que va desde la conservación de los medios naturales de sustento de la vida, como el agua y el aire, hasta la educación y el empleo del tiempo libre.

Nuestro país ha promulgado la ley nº 1333, de 27 de abril de 1992, conocida como la Ley del Medio Ambiente, en cuyo artículo 1ª establece: "La presente Ley tiene por objeto la protección y conservación del medio ambiente y los recursos naturales regulando las acciones del hombre con relación a la naturaleza y promoviendo el desarrollo sostenible con la finalidad de mejorar la calidad de vida de la población".

Por otra parte, si bien se establecen normas reguladoras de preservación de recursos naturales renovables, entre ellos los recursos bióticos, flora y fauna, y los abióticos, como el agua, el aire y el suelo, con una dinámica propia que les permite renovarse, igualmente contempla disposiciones que regulan las actividades de yaci-

mientos mineralógicos e hidrocarburíferos, las que en sus diversas fases de aprovechamiento, sea por empresas del Estado, mixtas o privadas, deberán someterse a las normas de conservación del medio ambiente, evitando la contaminación, deforestación, erosión y sedimentación, así como la protección de la flora y fauna silvestre, paisajes naturales y áreas protegidas.

Este nivel de protección del medio ambiente, pregonado por los Estados de derecho y los instrumentos internacionales, considerado como la casa natural del ser humano sin reservas ni discriminaciones, exige que en concreta aplicación del principio de igualdad en el goce de los derechos sociales este principio pueda constituirse en el vehículo para incorporar al acervo constitucional, el denominado *derecho a disfrutar de un medio ambiente sano y adecuado, integralmente, para la preservación y desarrollo de la vida*. El tiempo justificará su inclusión, si ya aparece como voluntad legislativa en el inciso *m* del artículo 7º de la ley nº 2410, de 1º de agosto de 2002, pero ello no es suficiente si la Asamblea Constituyente no considera su incorporación; lo contrario sería quedar abandonados a la suerte de la ética social falsa de los países ricos, que en su expansión en la explotación de recursos energéticos hacen salvedad de aquellos que sean útiles para los intereses geopolíticos o económicos del norte, dejando en el camino a las regiones contaminadas y extremadamente pobres.

5.6. El derecho a la autodeterminación como pueblos indígenas

El proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que éstos "descienden de una cultura originaria anterior a la colonización europea y conservan sus rasgos fundamentales distintivos tales como el idioma, los sistemas normativos, usos y costumbres, expresiones artísticas, creencias, instituciones sociales, económicas, culturales y políticas".

El Ministerio de Asuntos Campesinos afirma que existen 35 pueblos indígenas y originarios. Según el censo 2001, la población indígena en el país representa el 49,95% de la población total; según el mismo INE, de la población de 15 años o más (5.076.251 personas) que representa el 61,35% de la población total boliviana, 62% se autoidentifica con pueblos originarios o indígenas (55,57% vive en el área urbana), y según otro dato proyectado para 2004, los *pobladores* de los pueblos indígenas y originarios representan el 26,5% de la población total boliviana.

El convenio 169/OIT, en su artículo 1, al describir el concepto de *pueblo indígena*, destaca como elemento la descendencia de poblaciones que habitan en el país desde antes de la conquista; sin embargo no se menciona expresamente el vínculo territorial de la administración del hábitat, pero sí la conciencia de la identidad indígena como pauta fundamental en la identificación. En tanto, el DS 23.858, en su artículo II, resalta el vínculo territorial y, por otra parte, señala cuáles son las organizaciones territoriales de carácter indígena, vale decir los "Tentas, Capitanías, Cabildos Indígenas del Oriente, Ayllus, Comunidades Indígenas y otras formas de organi-

zación existentes". Se incluyen en esta categoría a las *marcas*, pero desde luego a otras formas no ancestrales, como las comunidades, sindicatos y asociaciones campesinas previstos en el artículo 171 de la Constitución.

Ante la antesala de la participación democrática de los pueblos indígenas en la Asamblea Constituyente, el Estado deberá asegurar la igualdad de condiciones para el ejercicio democrático, de modo que sean ellos quienes en forma libre postulen a sus candidatos para integrar la Asamblea y así se vean representados en sus intereses comunitarios. Este nuevo escenario político importa exigir a los órganos del Estado, y concretamente a quienes tengan la misión de reformar totalmente el texto de la Constitución, *reconocer el derecho fundamental a la autodeterminación como pueblo indígena*, tanto en forma individual como colectiva; así se logrará garantizar su directa participación en el nuevo modelo de vida constitucional, haciendo prevalecer sus valores, usos y costumbres ancestrales e históricos.

Para concretar la inclusión total en el ejercicio de los derechos políticos de los *pueblos indígenas*, es preciso que se establezcan mecanismos de circunscripción territorial comunitaria; es decir, circunscripciones uninominales como distritos únicos vinculados al territorio, como especie de fórmulas que les permitan con igualdad y equidad asegurar la obtención de escaños en la Asamblea Constituyente y así plasmar la representatividad plural y étnica en el país, sin que ello se lea como una ruptura del sentido unitario del proceso electoral democrático, es decir, aparezca como un trato preferencial de mayorías indígenas que en la simbiosis de su existencia no constituyen segmentos dominantes en las políticas de Estado, ni si quiera en la administración pública. También pudiera prensarse en la fórmula de la reserva de escaños para este sector, en función de la población indígena que surge del censo de 2001 por departamentos.

Luz Entrena Vázquez (España) *

Constitución y acciones positivas. El sistema de cuotas de participación política para mujeres en Ecuador

1. Introducción: una necesaria referencia al principio de igualdad

La proclamación formalista de la igualdad que recogen las primeras declaraciones de derechos del siglo XVIII centraba su contenido en lo que entendemos como *igualdad ante la ley*. Como recogía el artículo 6 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789: "La ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus virtudes y talentos".[1]

Esta expresión del principio de igualdad propia de los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII respondía a la idea de dar fin a los privilegios que estratificaban a la sociedad del Antiguo Régimen. La adscripción a una categoría social determinada condicionaba el disfrute de determinadas prerrogativas o privaba de su goce, fundamentalmente en función del nacimiento. En respuesta a esta situación, la idea de igualdad que recogen estas proclamas revolucionarias trata de desarticular el sistema de privilegios propios de la nobleza y el clero, estableciendo que la ley, como máxima expresión de la voluntad popular, debe aplicarse de modo general. La igualdad jurídica y la ley se encontraban, entonces, estrechamente relacionadas. No obstante, la universalidad de la ley no era predicable de una forma absoluta, puesto que ésta se circunscribía de forma restringida a los "ciudadanos".[2]

---

* Coordinadora del proyecto "Fortalecimiento de la justicia constitucional en Ecuador" de la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos y el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid. Experta en género y derecho y profesora de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador en Quito. ‹lentrena@tc.gov.ec›

[1] Ver también punto IV de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776: "Ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho a privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad".

[2] Entendiéndose ciudadano como el varón blanco, adulto, propietario y con unos ingresos mínimos. Encarnación Fernández: *Igualdad* y *derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

Cabe cuestionarse, por tanto, si en el principio de igualdad jurídica, tal y como lo recogen estas primeras declaraciones de derechos, posibilita una desigualdad de trato justificada a través de la ley que permita modular la rigidez del principio de igualdad, tal cual se formula. Parece que cabría cierta distinción en función de las *virtudes y talentos* de las que nos habla el artículo 6 de la declaración francesa. En cualquier caso, las distinciones establecidas se articulaban como exclusiones; aludían a derechos como el del voto o el acceso a la función pública, de los que quedaban excluidos muchos colectivos sociales.[3] No obstante, no es posible establecer un papel "corrector" del Estado en el establecimiento de distinciones que favorezcan a grupos desfavorecidos, merecedores de un trato desigual. La igualdad en cuanto a la actuación del Estado se entendía en un sentido negativo, es decir, los poderes públicos estaban limitados en su actuación por este principio, de modo que de acuerdo con la ley no les era posible establecer medidas diferenciadoras o desigualitarias entre los ciudadanos.

2. Igualdad material y Estado social de derecho

No es posible trazar una transición cronológica y unívoca desde lo que el primer constitucionalismo entendía como principio de igualdad jurídica y la noción de igualdad material que aparece recogida en gran parte de los textos constitucionales del siglo XX. Como señala Pérez Luño, "la primera forma de igualdad de la que se tiene noticia es la económica, que equivalía a la ausencia de propiedad privada y a la distribución igualitaria de los bienes entre los ciudadanos".[4] Las clases excluidas del poder han protagonizado una lucha constante a lo largo de la historia para la consecución de un orden socioeconómico más justo, más igualitario. Podríamos decir que tal y como concebimos nuestra estructura social en la actualidad, la igualdad material constituye uno de los objetivos perseguibles a través del ordenamiento jurídico y las actuaciones de los poderes públicos.

En este sentido, la caracterización del Estado como *de derecho* viene a completarse con la referencia a su carácter *social*. Si bien el Estado de derecho pretendía garantizar la libertad y la igualdad ante la ley de sus ciudadanos, este rol de los poderes públicos se revela como insuficiente ante las demandas de los movimientos obreros de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, fundamentalmente. En este momento histórico la proclamación de la igualdad jurídica formulada casi dos siglos atrás es denunciada como "inefectiva" o meramente formalista por las nuevas capas sociales de trabajadores; las desigualdades sociales persisten y se agudizan en

---

[3] Luis López Guerra: "Constitución y género", en *Género y derecho constitucional*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador, CEN, Quito, 2003.

[4] Antonio Pérez Luño: "Dimensiones de la igualdad material", en *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985.

el contexto industrializador. Indudablemente estas denuncias se nutren en gran medida de los nuevos planteamientos ideológicos introducidos por las teorías marxistas y los nuevos socialismos. Se inicia, en este contexto, la promulgación de numerosas leyes y medidas de carácter social por parte de los Estados; el primero será el alemán, durante la época de Bismarck y la posterior República de Weimar.

El Estado social de derecho, como modelo de ordenamiento social, ha incorporado el principio de igualdad material como valor jurídico sin oponerlo disyuntivamente al disfrute de los derechos de libertad; así, la interpretación de la igualdad material que realiza persigue una "equiparación más real y efectiva de los ciudadanos teniendo en cuenta la posición social real de los mismos".[5]

Esta nueva concepción del Estado encuentra plena cabida en los textos constitucionales europeos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. De esta manera, la Constitución italiana de 1947 o la Ley Fundamental de Bonn de 1949 incluyen ya la referencia "Estado Social de Derecho" y la tendencia se extiende hasta textos más recientes como la Constitución española de 1978, que define al estado como "Social y Democrático de Derecho" en su artículo 1.1. Esta nueva concepción del Estado como social y de derecho se incorporara a un buen número de constituciones latinoamericanas ya a finales del siglo XX.[6]

En relación con la temática específica de este artículo, cabe mencionar cuáles son las características esenciales de este nuevo modelo de Estado que va a tratar de efectivizar a través de su actuación el contenido del *principio de igualdad material*, es decir, tratará de minimizar los efectos de las desigualdades existentes en la sociedad con el objetivo de asegurar cierto nivel de bienestar para todos; para ello, básicamente, se produce una lectura social, tanto del contenido de los derechos fundamentales como del papel intervencionista del Estado.

La interpretación social de los derechos fundamentales no sólo va a referirse a los denominados *derechos sociales*: derecho a la salud, a la vivienda, a la educación derecho al trabajo y a la seguridad social, etc. Esta característica incluye cierta limitación de los derechos clásicos de libertad, como la libertad de contratación o el

---

[5] "[E]l principio de igualdad material es una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado Social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos". Encarnación Carmona Cuenca: "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos* n° 84, abril-junio 1994, p. 265.

[6] Constitución Política de la República de Colombia de 1991, artículo 1: "Colombia es un Estado Social de Derecho […]".

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, artículo 2: "Venezuela se constituye en un estado social y democrático de Derecho y Justicia […]".

Constitución Política de la República del Ecuador, de 1998, artículo 1: "Ecuador es un estado social de derecho, soberano, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico […]".

Comisión Andina de Juristas: *Legislación por países. Constituciones de Ecuador, Venezuela y Colombia*, ‹http://www.cajpe.org.pe/InformacionJuridica01.htm›.

derecho de propiedad; ello posibilita una mayor presencia del Estado en la regulación de ciertas relaciones jurídico-privadas y una mayor protección de los derechos de los trabajadores, como el de sindicación y huelga.[7]

En cuanto a la capacidad intervencionista del Estado, ésta se centra especialmente en los asuntos económicos, tratando de amortiguar los efectos más perversos del sistema económico capitalista en lo que a profundización de las desigualdades se refiere. Los mecanismos previstos a tal fin suelen recogerse en lo que se ha denominado como la *constitución económica*.

Veamos ahora cómo se incardina en este nuevo escenario, definido por las reglas del principio de igualdad material y del Estado social de derecho, el desarrollo de las acciones positivas, entendidas éstas como instrumentos de promoción de la igualdad material dirigidos a los colectivos que la Constitución establece como susceptibles de especial protección.

3. El principio de las acciones positivas. Referencias a la Constitución española

Como decíamos, las acciones positivas tienen su espacio de aplicación en el marco definido por las reglas del Estado social de derecho, y concretamente como instrumentos de implementación de lo que entendemos como principio de igualdad material. Como primer acercamiento a su definición podríamos decir que "son aquellas normas que diferencian entre colectivos socialmente beneficiados y desfavorecidos y que tienen como finalidad luchar contra la situación de desigualdad material de estos últimos".[8]

Para "encajar" este tipo de medidas dentro del ordenamiento y entenderlas desde su dimensión constitucional, es preciso hacer referencia al modo en que las constituciones acogen el principio de igualdad material y cómo éste se desarrolla a través de la protección de otros derechos y el establecimiento de medidas y políticas sociales, establecidas en la propia Constitución y las leyes.

Normalmente, los textos constitucionales de nuestro entorno recogen en su articulado menciones explícitas a los principios de igualdad formal y material, así como su proyección en otros derechos que ayudan a completar su contenido. Me centraré en el articulado de la Constitución española (CE) de 1978 para ilustrar este punto, haciendo especial referencia al derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

El artículo 14 de la CE declara: "Todos los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por motivo de nacimiento, raza, sexo, religión,

---

[7] Para ver una caracterización más completa del Estado social de derecho, Carmona Cuenca: o. cit., p. 150.

[8] David Giménez Glück: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Madrid, 2004, p. 316.

opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"; como señala Fernando Rey,[9] este artículo contiene un derecho fundamental de defensa de los individuos a no ser discriminados ni directa ni indirectamente y a la vez incluye el principio de las acciones positivas para el fomento de la igualdad de las categorías que la Constitución protege especialmente. En efecto, la enumeración de las razones "sospechosas de discriminación" no sólo da fe de cuáles son los colectivos que históricamente han sido objeto de discriminación, sino que establece aquellas categorías a las que los poderes públicos deberán prestar una especial atención a través de acciones compensadoras y equiparadoras para fomentar su efectiva igualdad dentro de la sociedad.

El principio de las acciones positivas no sólo se deduce del principio del Estado social (o principio de igualdad material) incluido en el artículo 9.2 de la CE, que establece la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden la efectiva igualdad de los ciudadanos y establecer las medidas oportunas para promoverla. Según el autor, las acciones positivas para el fomento de la igualdad de las mujeres (esto también es predicable del resto de colectivos protegidos por el artículo 14 CE) "se deducen también del plusvalor constitucional que conlleva la prohibición de discriminación".[10] Lo verdaderamente relevante de esta doble referencia es que las acciones positivas para la promoción de las mujeres no dependen de la capacidad financiera del Estado ni están sometidas al debate político, lo que les confiere un carácter obligatorio.[11] Esto no sucede con otras medidas de fomento de la igualdad de oportunidades de otros colectivos como pueden ser los emigrantes, la tercera edad o los jóvenes, que, si bien están recogidas constitucionalmente, no gozan de la cobertura del artículo 14 CE conceptualizado como el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de nacimiento, sexo, raza, religión u opinión.[12]

---

[9] Fernando Rey Martínez: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, MacGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 83.

[10] Rey Martínez: o. cit.

[11] Es preciso puntualizar aquí que este carácter obligatorio no es defendible para las medidas de discriminación inversa o positiva con los mismos argumentos. Los sistemas de cuotas o de reserva de plazas para colectivos discriminados están concebidos como medidas permitidas al legislador pero sujetas a un control estricto de su constitucionalidad, en tanto en cuanto pueden introducir limitaciones a alguno de los derechos fundamentales de los grupos excluidos de la medida.

[12] Es necesario aquí un inciso sobre la cláusula abierta del artículo 14 de la CE: "Cualquier otra condición o circunstancia personal o social". La Constitución en este punto parece dejar abierta la posibilidad de que otros grupos sean susceptibles, tanto de un juicio estricto por parte del Tribunal Constitucional a la hora de analizar las conductas discriminatorias contra ellos, como la posibilidad de establecer medidas de acción positiva de carácter obligatorio que promocionen su igualdad dentro de la sociedad. En este punto la jurisprudencia del TC es determinante, puesto que al él le corresponde establecer nuevos criterios respondiendo a nuevas situaciones sociales que así lo requieran. En este sentido el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado respecto del rasgo de la discapacidad (STC 269/1994 de 3 de octubre, caso *Cuotas para personas con discapacidad en la Administración Canaria*). No obstante, para el caso del TC Español no existen, hasta la fecha, parámetros definidos a la hora de determinar qué grupos podrían entrar dentro de la cláusula abierta del artículo 14 CE y

4. Las acciones positivas y la defensa de los derechos de las mujeres

Más allá de las particularidades del caso español y de la lectura constitucional de este tipo de medidas que su ordenamiento permite, es preciso determinar en este punto cuál es el marco internacional en el que se circunscribe la articulación de éstas para la protección de los derechos humanos de las mujeres. El artículo 4 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) establece que los Estados podrán establecer medidas de "acción afirmativa"[13] que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos sin que sean interpretadas como discriminatorias para los hombres, y que para ello las mencionadas medidas serán necesariamente transitorias, supeditadas al logro del objetivo establecido por la medida para contribuir a la igualdad real entre hombres y mujeres.

Dentro de esta definición, un tanto generalista, cabría un sinnúmero de actuaciones de los poderes públicos que contribuyan a promocionar la equidad de género: desde acciones de sensibilización que vayan dirigidas a toda la sociedad hasta el establecimiento de medidas propiamente dirigidas a mujeres que traten problemáticas que las afectan relacionadas con la discriminación que sufren (leyes contra la violencia de género, por ejemplo), o aquellas que vayan dirigidas a promoverlas en ámbitos tradicionalmente copados por hombres (subvenciones para la contratación de mujeres en la empresa privada, cursos de formación específicamente dirigidos a mujeres, establecimiento de cuotas de participación política o de participación en las administraciones públicas, etc.). En este sentido, se ha venido diferenciando, especialmente desde la jurisprudencia constitucional, entre medidas *equiparadoras* y medidas *correctoras*. Las primeras tratan de eliminar la barrera discriminatoria que impide a las mujeres realizar determinadas actividades permitidas o exigidas a los hombres y se fundamentan en la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas. Las segundas son aquellas que introducen un criterio discriminatorio para conceder a las mujeres ciertas ventajas o beneficios de los cuales se excluye a los hombres y su fundamento estaría más ligado al mencionado principio de igualdad material. Considero, en este sentido, que la conceptualización de *acción positiva* que utilizo en este trabajo está mucho más relacionada con las denominadas *acciones compensadoras*.

---

cuáles no. Para consultar los parámetros establecidos por otras jurisdicciones constitucionales, Giménez Glück: o. cit., pp. 230 y ss.

[13] La expresión corresponde a la traducción literal de *affirmative action*, acortamiento de *affirmative action policy*, que aludiría a los distintos tipos de programas de política antidiscriminatoria en Estados Unidos. Es necesario señalar que el derecho antidiscriminatorio estadounidense es el pionero en el desarrollo de este tipo de medidas dirigidas en un primer momento (desde los años sesenta) a las minorías raciales. La expresión *acción positiva* procede de la británica *positive action* y su utilización en el contexto europeo está más generalizada. No obstante, tanto los adjetivos *afirmativa* como *positiva* hacen referencia al carácter intervencionista y prestacional del modelo de Estado social, frente a las acciones negativas u omisiones del Estado liberal clásico.

A estas características convendría añadir otras que contribuyan a concretar el término *acción positiva* desde el punto de vista constitucional. La jurisprudencia constitucional y en buena medida la doctrina han relacionado *acción positiva* y *trato desigual*, estableciendo que estas acciones son aquellas medidas que establecen un trato formalmente desigual para beneficiar a un colectivo que comparte un rasgo estigmatizador dentro de la sociedad; el hecho de compartir este rasgo convierte a los individuos en potenciales beneficiarios de la medida, sin que existan consideraciones en torno a la situación individual de cada uno de ellos.

5. La constitucionalidad de las medidas de discriminación inversa. La polémica en torno a las cuotas

Llegado este punto, quisiera establecer cuáles son las diferencias básicas entre las acciones positivas y las medidas de discriminación inversa o positiva. Las medidas de discriminación inversa o positiva pueden considerarse un subtipo de las acciones positivas, más rígidas, que comparten sus características fundamentales pero que poseen peculiaridades. Mediante las medidas de discriminación inversa se reserva un porcentaje o número de plazas determinado para que sea ocupado por el colectivo en cuestión; esta reserva se realiza tanto en el ámbito político (representación política) como en el laboral (puestos de trabajo en empresas), en el acceso a la administración pública o a instituciones académicas (plazas en colegios o universidades). En este caso, ya no sólo estaríamos hablando de una diferencia de trato para las personas que no están incluidas en el colectivo y que no pueden acogerse a las ventajas de la medida, sino que la afectación de los terceros se concretaría en un perjuicio, esto es, las mayores dificultades para acceder a un bien de interés público por la existencia de una reserva que limita sus posibilidades de acceso. Es necesario precisar que los sistemas de cuotas han sido utilizados fundamentalmente para la promoción de tres colectivos: minorías raciales, mujeres y discapacitados.[14]

La admisibilidad de estas medidas desde el punto de vista de la interpretación constitucional plantea interrogantes; especialmente en lo relativo al *test de proporcionalidad*, por el cual la diferencia de trato que se está estableciendo para lograr la igualdad material debe ser en buena medida proporcional al daño producido en los terceros perjudicados por ella.

En este sentido, considero que la aplicación de medidas de discriminación positiva, además de observar los criterios generales de las acciones positivas, debe suje-

---

[14] A este respecto resulta muy interesante la distinción entre *mediadas de igualación positiva* y *medidas de acción positiva*, en tanto unas van dirigidas a individuos y otra a colectivos, sin estar las primeras sujetas al límite temporal en el que se circunscriben las acciones positivas. Para el caso de personas con limitaciones psicofísicas, es posible observar la aplicación de medidas de un tipo y otro por parte de los poderes públicos. Véase Giménez Glück: o. cit.

tarse a unos requisitos estrictos que legitimen su aplicación desde un punto de vista constitucional. Éstos podrían ser:

- Existencia de *una desigualdad de hecho evidente* y demostrable dentro de la realidad en que la medida pretende incidir.
- *Modulación de su rigidez* y afectación a terceros perjudicados. En este sentido resulta fundamental "ajustar" la actuación al test de proporcionalidad ya mencionado; por un lado, estableciendo objetivos porcentuales flexibles (no tanto cuotas rígidas); por otro, evitando que exista una excesiva diferencia en las cualificaciones exigidas a los beneficiarios del colectivo discriminado y al resto de concurrentes al puesto o plaza, y, finalmente, tratando de que el daño ocasionado a terceros no sea excesivamente gravoso.[15]
- *Ineficacia probada de otras medidas de acción positiva*. Las medidas de discriminación positiva o inversa deben constituir el último recurso dentro de las posibles actuaciones para mitigar una situación de desigualdad en un plazo de tiempo razonable, puesto que constituyen la categoría de acciones positivas más agresiva y potencialmente lesiva para los derechos fundamentales de los grupos excluidos de sus beneficios.
- *Reserva de ley*. Estas medidas, en tanto afectan al derecho a la igualdad y, dependiendo de su temática, pueden establecer limitaciones a los derechos fundamentales de buena parte de la ciudadanía, deben estar respaldadas por las garantías del procedimiento legislativo.

6. Cuotas y representación política de las mujeres

Tradicionalmente, el ámbito de la política y de la toma de decisiones en la esfera pública han sido espacios vetados para las mujeres. Desde que las mujeres accedieron al derecho al voto, de forma generalizada a lo largo del siglo XX, han sido muchos los frentes desde los que se ha luchado para lograr una efectiva representación de las mujeres en lo político.

Los sistemas de cuotas o leyes de cupo constituyen uno de los mecanismos más recientes que se han articulado jurídica y políticamente para tratar de "romper" la hegemonía masculina en la representación política.

Una vez que hemos reconocido la admisibilidad constitucional de las acciones positivas y las medidas de discriminación inversa —en ciertas condiciones— en el

---

[15] Un ejemplo de este tipo de cuotas flexibles lo constituye el caso *Johnson vs. Transportation Agency Santa Clara County, California* (480 US 614, 1987). Dentro de los criterios de selección para el puesto de trabajo, se considera el hecho de ser mujer como un factor que puede suplir una diferencia ligeramente inferior en el puntaje de la prueba de selección. Y como criterio general de la empresa, para evitar que las mujeres estén subrepresentadas, se establece un objetivo porcentual, por debajo del cual se entiende que el objetivo de la medida no se está cumpliendo.

marco del Estado social de derecho, es preciso conectar la idea de la democracia paritaria con la consolidación del Estado democrático. El escenario definido por los valores constitucionales de la igualdad y el pluralismo político, así como su concreción en los derechos fundamentales de participación política, posibilitan una nueva configuración de espacio político-público en el que necesariamente las mujeres deben reposicionarse empleando los instrumentos internacionales establecidos a tal fin, y sondenado las posibilidades de los ordenamientos nacionales.

La normatividad internacional en materia de derechos políticos y para el establecimiento de este tipo de medidas se concreta, fundamentalmente, en dos instrumentos: la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1954, y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979. El primero proclama el derecho de las mujeres a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por las legislaciones nacionales, en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna (artículo 3). La CEDAW, por su parte y como ya hemos visto, prevé el mecanismo de las acciones positivas o afirmativas por parte de los Estados y las concreta en el mandato de eliminar toda forma de discriminación en la vida política y pública del país; establece en su artículo 7 la obligación de garantizar el derecho de las mujeres a elegir y ser elegidas en condiciones de igualdad con los hombres, así como la participación en la formulación y ejecución de políticas públicas y el acceso a cargos de esta índole.

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos, la Convención de Belem do Pará, de 1996, recoge en su artículo 4.*j* el derecho de las mujeres a tener igualdad en el acceso a cargos públicos y en la toma de decisiones.

Dentro de la Unión Europea, desde 1996 se cuenta con una recomendación del Consejo de la UE sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres en los procesos de decisión, instando a los Estados a adoptar medidas en este sentido.

El derecho comparado ilustra con experiencias muy diversas e interesantes la implementación de sistemas de cuotas, tanto en Europa como en Latinoamérica. Actualmente en Europa sólo existe una ley de cuotas *stricto sensu*, en el caso de Bélgica, que desde 1994 obliga a los partidos políticos a configurar sus listas sin que exista un desequilibrio de ninguno de los dos sexos, estableciendo una barrera de desequilibrio en torno a los dos tercios. Los casos de Francia, Italia (con pronunciamientos de sus órganos de control constitucional contrarios al establecimiento de cuotas)[16] y recientemente España ilustran sobre las diversas problemáticas jurídicas y sociales que desencadenan propuestas más o menos flexibles de leyes de cuotas o de mecanismos legales que garanticen la representación política de las mujeres con otras fórmu-

[16] Las sentencias contrarias a este tipo de cuotas son la sentencia nº 422/1995 de la Corte Constitucional italiana y las Decisiones del Consejo Constitucional francés de 18 de noviembre de 1982 y de 14 de enero de 1999.

las.[17] No obstante, varios países europeos (Alemania, Austria, Dinamarca España, Francia, Grecia, Irlanda, Noruega y Suecia) cuentan con partidos políticos que han incorporado por iniciativa propia las cuotas internamente, medida que se ha ido generalizando sin ocasionar mayor debate público.

En América Latina, por el contrario, se ha preferido apostar por el porcentaje femenino obligatorio en la presentación de las listas de los partidos políticos, regulado a través de ley. Once países latinoamericanos han adoptado leyes de cuotas (artículos específicos dentro de las leyes electorales) mediante las cuales se establecen mínimos del 20 al 40% de participación de candidatas en las elecciones.[18]

De acuerdo con lo analizado hasta el momento, las leyes de cuotas pueden tener un carácter obligatorio, cuando establecen la forma en que el porcentaje debe asignarse, tanto en la lista de candidatos como en la de suplentes, especificando la alternancia o su secuencia. Estas leyes prevén sanciones en caso de que no se cubran los puestos de la manera establecida en las listas de candidatos. Por otro lado, estarían las cuotas indicativas, que son aquellas que establecen el porcentaje sin especificar la manera en que debe ser establecido; los partidos políticos disponen de bastante discrecionalidad para ubicar las candidaturas de mujeres dentro de las listas.

Desde el punto de vista del debate en torno a la constitucionalidad de estas medidas, considero que es crucial tener en cuenta cómo esta configurado el sistema electoral. Dentro de los sistemas de representación proporcional, la inclusión de mujeres por cuotas en las listas cerradas plantea teóricamente más problemas; no faltan las voces que apuntan a una violación de la libertad de sufragio.[19] Tanto el derecho a elegir representantes como a ser elegido se ve *más* limitado por la introducción de cupos obligatorios de mujeres en las listas. Intencionadamente señalo el *más*, puesto que las listas cerradas suponen en sí mismas una limitación al derecho de sufragio, en favor de un mayor protagonismo de los partidos políticos como actores en el escenario democrático y una presunción de estabilidad desde el punto de vista de la gobernabilidad.

En este sentido, necesariamente deberíamos prescindir del argumento que apunta al daño especialmente gravoso de aquellos hombres que pretenden postularse como

---

[17] Para una revisión más pormenorizada de los casos europeos, María Antonia Trujillo: "La paridad política", en Enrique Álvarez y otros: *Mujer y Constitución en España*, CEPC, Madrid, 2000, pp. 355 y ss.

[18] No obstante, Venezuela ya ha prescindido del mecanismo. A esta lista (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, México Panamá, Paraguay y Perú) puede sumársele Colombia, no con un mecanismo de ley de cuotas en la Asamblea Legislativa, sino a través de la ley nº 581 de 31 de mayo del 2002, que establece que las mujeres ocupen el 30% de los cargos de funcionarios encargados de la toma de decisiones en el Poder Ejecutivo; además prevé que en ternas (como el defensor del pueblo, el procurador o el fiscal general) una mujer sea incluida en el grupo de candidatos.

[19] Por ejemplo, Louis Favoreu: "Principio de igualdad y representación política de las mujeres", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 50, CEC, mayo-agosto 1997, pp. 22-23.

candidatos en las listas y que pueden verse afectados por el establecimiento de cuotas de mujeres. Desde el punto de vista de la gobernabilidad también es esgrimible el interés superior del sistema electoral de configurarse en condiciones de paridad genérica, como reflejo "corrector" de una realidad social que a través de distintos mecanismos excluye a las mujeres del espacio político.

A este respecto, sería conveniente hacer prevalecer otros argumentos, fundamentalmente uno: las leyes de cuotas, en determinados contextos, constituyen la única medida que posibilita la participación de mujeres en la arena política. Al referirme a *determinados contextos* estoy describiendo la realidad de muchos Estados que no pueden garantizar por otros medios el acceso de las mujeres a los puestos de representación política en condiciones de igualdad con los hombres, dentro de un plazo de tiempo razonable, ya sea porque la coyuntura económica no favorece la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo, lo que les resta posibilidades para acceder a otros espacios públicos, o porque los prejuicios sexistas generan mecanismos más o menos visibles que impiden que las mujeres accedan a los espacios de poder y decisión.

7. Una lectura constitucional de la Ley de Cuotas en Ecuador

La Ley de Cuotas en Ecuador se concreta dentro de la Ley de Elecciones en aquellos artículos que tratan de efectivizar la equidad de género dentro de los procesos de participación política. Esta referencia responde al mandato constitucional (artículo 102 de la Constitución ecuatoriana [CEc]) por el cual el Estado se compromete a promover y garantizar la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los órganos de control y en los partidos políticos. El mecanismo de la *cuota* aparece ya previsto para las mujeres en la disposición transitoria decimoséptima de la CEc, con un porcentaje del 20% de representación en las listas pluripersonales.

De entre las medidas posibles para acercarse a una mayor igualdad de facto en la participación política de las mujeres, el legislador, en consonancia con el mandato constitucional, opta por introducir un porcentaje progresivo de representación femenina dentro de las listas de los partidos políticos. De este modo, el artículo 58 de la Ley de Elecciones establece que las listas de candidaturas pluripersonales deberán presentarse con al menos un 30% de mujeres entre los principales y un 30% entre los suplentes; que este "cupo de mujeres" ha de presentarse de forma alternada y secuencial dentro de las listas y que el porcentaje se incrementará en un 5% adicional en cada proceso electoral hasta alcanzar la igualdad en la representación.

Se trata, por lo tanto, de una medida de acción positiva, concretamente una medida de discriminación inversa o positiva, que persigue aminorar los efectos de una discriminación que se ha venido produciendo en la práctica, y que ha imposibili-

tado el efectivo acceso de las mujeres a la representación política.[20] Tal y como aparece planteado en el texto de la Ley, el mecanismo establece una diferencia de trato entre hombres y mujeres. Este trato desigual se justifica en términos de razonabilidad y proporcionalidad en virtud del fin que persigue —la superación de esta discriminación— y su vigencia es temporal en tanto en cuanto se entiende aplicable hasta la consecución, en este caso, de la representación paritaria de hombres y mujeres en las listas electorales.[21]

Cabría decir en este punto que la referencia constitucional y la Ley de Elecciones parecen encaminadas a garantizar una mayor representatividad de las mujeres en los ámbitos político-públicos y en este sentido habría de ser desarrollada e interpretada tanto la medida de carácter porcentual que determina la ley como los términos en que este porcentaje se establece.

No obstante, el desarrollo reglamentario de la Ley de Elecciones estableció una interpretación de los términos *alternancia* y *secuencia* que posibilitaba la presencia de bloques de tres, cuatro y hasta cinco varones por delante de la primera candidata mujer.

Este hecho, en concreto el texto del artículo 40 del Reglamento de Elecciones, impulsó una demanda de inconstitucionalidad por el movimiento de mujeres que fue resuelta por el Tribunal Constitucional a través de la resolución 028-2002 en los siguientes términos:

- Que las definiciones de "alternabilidad y secuencia" contenidas en este artículo no garantizan la participación equitativa entre varones y mujeres. Incluso establece que el modo en que el reglamento se refiere a la *secuencia* permite realizar las combinaciones en serie, atentando contra la igualdad de condiciones al establecer que una mujer podría ser ubicada en la papeleta electoral luego de haber sido ubicados dos o tres varones.
- Que, puesto que el Estado ha asumido el deber de eliminar las condiciones de desigualdad en la participación electoral entre hombres y mujeres, es necesario evitar los efectos de toda disposición que menoscabe este objetivo, por cuanto resultaría inconstitucional.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional, de 4 de noviembre de 2002, llegó una vez había finalizado el proceso electoral nacional de octubre de ese año, en

---

[20] En el proceso electoral general de 1997 previo al establecimiento de la Ley de Cuotas, la representación de mujeres en el Congreso Nacional fue del 10%. Alexandra Andrade: *Inequidades de género en el Congreso Nacional*, Fundación Equidad y Desarrollo, Quito, 2003.

[21] Estos requisitos —razonabilidad, proporcionalidad y temporalidad— han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales, que han profundizado en los lineamientos establecidos por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres (fundamentalmente desde la CEDAW) para la articulación de medidas correctoras de la discriminación.

el que las mujeres lograron alcanzar un 45,31%[22] de representación en las candidaturas para el Congreso Nacional, con una observancia absolutamente irregular y *sui generis* de los partidos políticos en lo relativo a la interpretación de los conceptos de *alternabilidad* y *secuencia*.[23]

La situación venidera, a pocos meses de los próximos comicios municipales y seccionales (se celebrarán en octubre del 2004), se perfila polémica, fundamentalmente a raíz del pronunciamiento del Tribunal Supremo Electoral "acatando" la resolución del Tribunal Constitucional.

El 16 de julio de 2004 el Tribunal Supremo Electoral suprimió el artículo 40 del Reglamento de la Ley de Elecciones por inconstitucional y redactó el artículo 41 de la siguiente forma:

> Art. 41. *Fórmula de Representación*: la fórmula de representación, de la igualdad de género, en el proceso de inscripción de candidaturas será la siguiente:
>
> En elecciones que se elija tres representantes deberá inscribirse, al menos, una candidata mujer como principal y una como suplente; en elecciones de cuatro a seis representantes por lo menos, dos serán candidatas mujeres principales y dos suplentes; en elecciones de siete a nueve dignidades, al menos tres candidatas mujeres como principales y tres como suplentes ; en elecciones de diez a doce representantes, cuatro mujeres mínimo como principales y suplentes, respectivamente; y, así de manera sucesiva.
>
> *La alternabilidad y secuencia* en la ubicación de puestos de mujeres y hombres, será definida por la organización política en el momento de la presentación de la lista, la que contendrá la aceptación de dicha ubicación por parte de todos y cada uno de los candidatos y candidatas.

Este artículo, en su actual redacción, posibilita que los partidos políticos definan, cada uno de ellos, cómo articulan dentro de sus listas la "alternatividad y secuencia". Se legitima, de este modo, la práctica de los propios partidos en los procesos electorales previos, sin que el Tribunal Supremo Electoral (TSE) establezca ningún mecanismo de supervisión en la conformación de la lista que garantice la participación equitativa de hombres y mujeres. De esta manera, parece como si el órgano de control electoral tratara de eludir la responsabilidad del cumplimiento de la resolución del Tribunal Constitucional, evitando pronunciarse sobre el contenido de la "alternatividad y secuencia" y dotando a los partidos políticos de capacidad interpretativa sobre el texto legal. El artículo 186 de la Ley de Elecciones establece que corresponde al TSE el desarrollo reglamentario de la ley, mientras que el artículo 18.*n* determina que este órgano será el encargado de velar por el cumplimiento de todas las disposiciones de la Ley de Elecciones y de su Reglamento. Correspondería, por tanto, al Tribunal Supremo Electoral y no a los partidos políticos dotar de un contenido general a la disposición reglamentaria, de acuerdo, en este caso, con el pronuncia-

---

[22] Diario *El Comercio* (Ecuador), 12 de octubre de 2002.

[23] Incluso llegaron a presentarse cinco listas electorales en la provincia de Morona-Santiago en las que no figuraba ninguna mujer. Fuente: Tribunal Supremo Electoral.

miento del Tribunal Constitucional, órgano encargado de interpretar el ordenamiento jurídico en consonancia con la Norma Suprema. No compete al Tribunal Constitucional determinar el contenido reglamentario de la Ley de Elecciones, pero a través de su resolución deja fijadas las bases de lo que no puede ser establecido como interpretación constitucional de los términos "alternabilidad y secuencia" dentro del Reglamento. Por ello, toda fórmula que permita una representación en las listas de dos o tres varones por delante de primera mujer será, consecuentemente, inconstitucional.

Existen cuestionamientos en torno a la idoneidad de una cuota de participación femenina en las listas electorales cuando éstas son abiertas. Ciertamente, desde el punto de vista de la efectiva representación política el instrumento plantea problemas, especialmente en lo que respecta a la incidencia, dentro de los partidos políticos, de los argumentos de la *equidad de género*. Sin embargo, y de acuerdo con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ésta parece la única posibilidad para garantizar una mayor participación política de las mujeres según lo expuesto en este artículo. Un argumento a tener en cuenta, desde el punto de vista sociológico, es la práctica habitual del voto *en plancha* dentro de las listas. El sistema de cuotas para el caso de Ecuador persigue fundamentalmente un impacto visibilizador de la participación política de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres, y trata de garantizar un mayor índice de representación a partir de este impacto.

En este sentido no son desdeñables los logros imputables a la Ley de Cuotas desde que se comenzó a implementar en los comicios generales de 1998. Así observamos que la representación de mujeres en el Congreso ha aumentado en un 7% desde que la ley empezó a aplicarse. En cuanto a los últimos comicios municipales y provinciales celebrados en el 2002, el porcentaje de mujeres candidatas superó el establecido por la Ley de Cuotas (en aquel momento el 35%) con un 42,47% de candidatas principales a diputadas provinciales, 40,82% de candidatas a consejeras y 39,54% de candidatas a concejalas. Su representación en los gobiernos locales fue del 22%, 23,26% en las diputaciones y 16,33% en las consejerías provinciales.[24]

---

[24] Silvia Vega: "Las cuotas electorales de las mujeres. Elementos para un balance", en María Fernanda Cañete (comp.): *Reflexiones sobre mujer y política*, Abya-Yala, Quito, 2004, p. 47.

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

- *Héctor Gros Espiell (Uruguay)*
  El derecho humano a la paz

- *Víctor Bazán (Argentina)*
  Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano

- *Carmen María Gutiérrez de Colmenares (Guatemala)*
  Los derechos humanos en el derecho interno y en los tratados internacionales.
  Su protección por la jurisdicción constitucional guatemalteca

- *Marcelo Augusto Madina (Argentina)*
  Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal

- *Susana Falca (Uruguay)*
  El control jurisdiccional de la ejecución de la sanción en el proceso de naturaleza penal juvenil

Héctor Gros Espiell (Uruguay) *

El derecho humano a la paz

El objeto de este trabajo es situar la cuestión del derecho humano a la paz en su contexto actual, en referencia a la necesidad de reconocer normativamente este derecho, pero a la vez señalar las dificultades y oposiciones que esta idea ha provocado y provoca todavía hoy. Para ello se ha consultado una muy amplia bibliografía.

Se estudia así el objeto del derecho, es decir, la idea de paz, los titulares de este derecho humano, los derechos y deberes que de él resultan, las sanciones posibles por su violación, la relación de la cultura de paz en el derecho humano a la paz y la educación para la paz y el respeto del derecho humano a la paz.

Se analiza asimismo el fundamento político de este derecho humano, la forma en que la doctrina lo ha estudiado y sus bases jurídicas en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Conferencia General de la Unesco y de organismos regionales de carácter intergubernamental. Especial atención se presta a los trabajos realizados al respecto en y por la Unesco. Asimismo se hace referencia a la labor que pueden cumplir al respecto las organizaciones no gubernamentales.

Finalmente se alega en cuanto a la ineludible necesidad actual de dar forma jurídica adecuada al reconocimiento del derecho humano a la paz, tanto en su regulación por el derecho internacional como por el derecho interno.

---

* Profesor de Derecho Internacional. Miembro del Institut de Droit international. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Miembro de Honor del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional. Ex ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay. Ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ex presidente del Istituto Internazionale di Diritto Umanitario (San Remo). Miembro del Consejo del Istituto Internazionale di Studi sui Diritti dell'Uomo (Trieste). Ex secretario general del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina (OPANAL) (Tratado de Tlatelolco). ‹sgbg@adinet.com.uy›

1. Conceptos introductorios

1. Es mucho lo que se ha reflexionado y escrito en los últimos veinte años sobre el derecho a la paz, especialmente en cuanto a su posible consideración como un derecho humano.

Pese a los aportes que la doctrina ha hecho al respecto y a la progresiva creación y desarrollo de una opinión pública que ha tomado conciencia universal de la importancia del asunto, dos extremos negativos, de diferente naturaleza, se presentan cuando se encara hoy la cuestión.

Primero. La falta de una regulación jurídica universal normativa, sistemática y general del derecho humano a la paz, análoga a la que con respecto a otros derechos humanos ha alcanzado el derecho internacional, tanto a nivel universal como, en algunos casos, regional.

Esto es así pese a la existencia en el derecho de gentes de algunos textos normativos —los cuales examinaremos más adelante— que, aunque de manera parcial y episódica, afirman la existencia de este derecho.

Esta carencia convive con la existencia en el derecho interno de algunas Constituciones que expresamente reconocen el derecho a la paz y de muchas otras respecto de las cuales se puede afirmar que este derecho está reconocido implícitamente, sobre la base de la consideración sistemática de todo el texto constitucional.

Segundo. A este enfoque de la cuestión, que no puede calificarse todavía de totalmente positivo y satisfactorio, se suma la realidad, la triste realidad, de un mundo en el que, luego de cincuenta y ocho años del fin de la Segunda Guerra Mundial y de la Carta de las Naciones Unidas, la paz es tan solo una lejana utopía que parece inalcanzable, y en el que la violencia impera en lo interno y en lo internacional. Un mundo en el que, pese a las palabras engañosas y a la hipocresía generalizada, y sin dejar de considerar la aspiración a la paz que anida en la humanidad y las nobles actitudes de quienes la sustentan y la nutren, la paz es negada por hechos que se repiten cotidianamente. Un mundo en el que el derecho a la paz se desconoce en la realidad y la violencia impera por doquier.

2. Esta situación, tanto jurídica como fáctica, a la que hoy se asiste, junto con una cierta —que quisiéramos considerar sólo aparente y pasajera— disminución del interés doctrinario y teórico —sin olvidar el desinterés casi general respecto a los temores y suspicacias de muchos gobiernos ante la cuestión del derecho humano a la paz—, justifican plenamente el esfuerzo para volver a impulsar el tema, para hacer revivir la cuestión y para ponerla en el centro de la atención y de la discusión política y jurídica.

Frente a esta situación actual hay que recordar, y afirmar, que el jurista, el verdadero jurista, no puede limitarse a describir el derecho vigente. Debe planificar su cambio y su progreso en función de la justicia y luchar para que ese cambio y ese progreso se encarnen y vivan en un nuevo derecho.

Este criterio general, que hemos invocado muchas veces en el pasado, es especialmente necesario y válido en lo que se refiere al derecho a la paz.

3. El derecho a la paz no nació ni comenzó a existir cuando, hace aproximadamente veinte años, surgió concretamente la expresión y se inició la reflexión en torno a su conceptualización como un derecho humano.

La idea, por estar ínsita en el reconocimiento del derecho a vivir, por ser consecuencia lógica, necesaria e ineludible de la idea de paz, como propósito primero de la organización internacional y como elemento determinante de la vida individual y colectiva, existió siempre, desde la Antigüedad, en el pensamiento religioso, filosófico, político y jurídico.

Pero la convicción de que esta idea tenía que lograr un perfilamiento jurídico concreto, ser la materia y el objeto de un derecho expresamente declarado y reconocido, surgió en las últimas décadas del siglo XX y se renueva hoy, ante la necesidad de aportar algo positivo a la lucha por la materialización y realidad del concepto de la paz y a la necesidad de situar al hombre, al ser humano, en el centro de esta lucha, como titular de un derecho subjetivo que implica el reconocimiento de deberes correlativos.

Esta motivación, según los distintos momentos históricos, aunque siempre cierta, puede variar en su intensidad, ser más o menos acuciante y esencial.

Hoy la cuestión existe con una gravedad inusitada; el desolador panorama a que asistimos, la quiebra de la paz, el crecimiento paralelo de la violencia intra e interetática, el desconcierto y la desesperanza crecientes, exigen relanzar la idea del derecho humano a la paz, individual y colectivo, como un ineludible y urgente aporte a la progresiva realización y materialización de la paz.

2. Universalidad de la idea de paz como valor, principio y objetivo

4. La paz es una aspiración universal de entrañable raíz humana. Es una aspiración fundada en una idea común a todos los miembros de la especie humana.

Constituye un valor, un principio y un objetivo.

Así como la dignidad es un elemento inherente a la personalidad humana de todos los individuos, así como los derechos humanos, todos los derechos humanos, son patrimonio común e inalienable de todas las personas, la idea de paz y de la necesidad de su realización anida en la mente y en el corazón de todos los seres humanos.

Podrán existir, según las distintas tradiciones culturales y religiosas, según las diferentes civilizaciones, según los diversos momentos históricos, particularidades específicas o apreciaciones no absolutamente coincidentes de lo que significa la paz o de los elementos que la componen.

Pero la esencia de la paz, la convicción de su necesidad, es y ha sido común a todas las culturas, si se exceptúan las aberraciones que, como expresión del mal, nunca han dejado de existir en la historia de la humanidad.

Por eso, al igual que con respecto a lo que pasa con los derechos humanos, la paz es un ideal común y universal, sin perjuicio del reconocimiento de la diversidad, de las concepciones y de las particularidades en las diferentes culturas y civilizaciones.

5. Luchar para que este ideal común y universal se encarne por medio de la acción política y jurídica y por la lucha individual, en la realidad vital, en cada momento de la historia y en cada lugar del planeta, es deber de todos y de cada uno, considerado ese deber tanto individual como colectivamente. Luchar en la más amplia acepción, por todos los medios éticamente admisibles, de acuerdo con el derecho vigente, cuando ese derecho es legítimo y justo, o para cambiar ese derecho positivo cuando es ilegítimo, injusto u opresivo.

6. Ya dijimos, y ahora reiteramos, que el derecho a la paz está contenido y en cierta forma constituye una proyección del derecho a vivir.

La guerra es la negación del derecho a vivir y por eso la paz —que es lo opuesto a la guerra y a la violencia bélica en todas sus formas, así como a la violencia en general en las diferentes modalidades que adopta, todas ellas contrarias a la convivencia deseable entre los hombres— constituye una expresión necesaria, una proyección del reconocimiento del derecho a vivir.

7. La paz es un "valor", un valor esencial para la vida y para la realización plena de la humanidad y de cada ser humano. Es un valor negador y destructor de todas las nefastas teorías y realidades, tantas veces dadas en el curso de la historia, dirigidas a intentar ensalzar la guerra y la lucha bélica, así como la violencia general carente de contenido ético.

Si la paz es un valor de la civilización humana y de la cultura, defenderla y promoverla es un principio ético que, al adquirir forma jurídica, se transforma en un derecho, en un derecho subjetivo que impone su reconocimiento, su defensa y su garantía y que genera correlativamente deberes exigibles.

8. La conceptualización de la existencia del derecho a la paz y del derecho humano a la paz, impuesta por la razón y por la ética, constituye un aporte de especialísima significación hoy a la tolerancia, a la convivencia pacífica y a la lucha contra toda violencia.

Todos estos conceptos: paz, tolerancia y condena y repudio de la violencia se interrelacionan y se condicionan.

Sin paz, y sin la aceptación de que ella es la materia de un derecho, no puede existir plenamente la tolerancia. Y a su vez sin tolerancia ante lo tolerable, sin perjuicio de la negación de lo intolerable, no puede haber paz.

Sin paz no habrá jamás convivencia armónica, pacífica y respetuosa. Pero, a la inversa, si no existe esa convivencia, es que no hay paz.

Sin paz es imposible conservar y mantener plenamente el medio ambiente. Y sin medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado se observa el lamentable proceso de degradación que pone en peligro la vida humana individual y colectiva cuya protección y garantía está en el fundamento mismo de la idea de paz.

Cuando hay violencia no hay paz. El triunfo de la paz es la derrota de la violencia. Paz es diálogo y respeto del otro. La violencia, que es imposición por la fuerza, que es la muerte en vez de la vida, constituye la negación de la paz.

Por eso, en estos tiempos de violencia injustificable, ciega y mortífera, luchar por la paz y por el reconocimiento de un derecho a ella es la forma más civilizada y quizás la más efectiva de actuar contra la violencia.

9. La paz es una idea múltiple y compleja, de carácter humano, social, político y jurídico. Es el estado de ausencia de violencia, que se refiere tanto a la situación existente en el interior de las comunidades políticas y de la sociedad nacional, como, en su proyección internacional, a la ausencia de confrontación bélica entre los Estados dentro de la comunidad internacional.

Si la paz es la ausencia de violencia y la paz internacional es la no existencia de confrontación bélica, no es posible pensar que la paz sea sólo la ausencia de violencia y de confrontación bélica. No es la paz, en efecto, sólo un concepto negativo. La paz, positivamente considerada, es la expresión de la justicia, del desarrollo, del respeto del derecho y de la tolerancia.

La paz internacional es el primero y fundamental objetivo de las Naciones Unidas (articulo 1.1 de la Carta).

Es la propia Carta de las Naciones Unidas en este artículo que se refiere a la paz y a las medidas para asegurarla, que invoca "los principios de la justicia". De tal modo el derecho positivo internacional en su más alta expresión vincula y relaciona necesariamente la paz con la justicia.

Mantener la paz, la paz justa, para preservar "a las generaciones venideras del flagelo de la guerra" (preámbulo de la Carta, párrafo 1), sobre la base de la "tolerancia" y al uso de los medios previstos por el derecho internacional, es el fin esencial de la comunidad internacional jurídicamente organizada.

La Carta de las Naciones Unidas da el fundamento para construir la idea de la paz como un concepto positivo, integrado por el respeto de los derechos humanos, el acatamiento del derecho internacional, "el progreso social y la elevación del nivel de vida dentro del más amplio concepto de la libertad". La paz, en último análisis, es finalmente un estado que emana del espíritu humano y una realidad que resulta de acciones humanas. Por eso el preámbulo de la Constitución de la Unesco, aplicando ideas que están en embrión en la Carta de las Naciones Unidas, ha podido decir con razón que "las guerras nacen en el espíritu de los hombres y es en el espíritu de los hombres que deben construirse los baluartes de la paz". Por eso, asimismo, es evidente que la paz no es sólo un concepto político sino, además, esencialmente ético.

Si la paz fuese sólo ausencia de violencia, podría llegar a ser meramente pasiva, aceptación del inmovilismo, admisión de una situación injusta, quietismo ante la opresión y la violación del derecho. Pero no. La paz es no violencia más justicia. Es un estado dinámico para asegurar el imperio del derecho, para que, como dice el

preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, "el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía o la opresión".

El concepto de paz es consustancial con la idea de derecho. Como dijo hace cincuenta años Hans Kelsen: "El derecho es por esencia un orden para preservar la paz".

3. Paz, derechos humanos y derecho a la paz. Derecho a la paz y derecho humano a la paz

10. Aunque la reflexión sobre la paz, sobre la forma de promoverla, de obtenerla, de preservarla, de defenderla, de mantenerla y de sancionar su violación, es muy antigua y se encuentra en el pensamiento religioso, filosófico y jurídico desde muchos siglos atrás, la idea de la existencia de un derecho a la paz es muy posterior. Puede encontrarse, sin perjuicio de reconocer posibles precedentes, en la construcción doctrinaria que acompañó el surgimiento de la Sociedad de Naciones en 1918, en el pacto Briand Kellog de 1928 y, después de la terrible quiebra de esas ilusiones y esperanzas por las agresiones que precedieron, marcaron el inicio y acompañaron el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, en la construcción de la nueva comunidad internacional basada en la Carta de las Naciones Unidas.

Fue varias décadas después de 1945 que nació la idea de la necesaria existencia de un derecho humano a la paz. Esta idea siguió a la conceptualización de la existencia de una categoría de derechos humanos, individuales y colectivos a la vez, como por ejemplo, entre otros casos, del derecho al desarrollo y al disfrute de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, entre otros, calificados como "nuevos derechos", derechos de la tercera generación, derechos de la solidaridad, o derechos de vocación comunitaria.

Son nuevos derechos que surgieron a la superficie de la reflexión jurídica y política como consecuencia de la aparición de nuevas necesidades humanas, resultantes de noveles realidades determinantes en la exigencia y configuración de nuevos derechos, fundados en el reconocimiento de las consecuencias de esas necesidades humanas.

Pero además, este derecho humano a la paz fue y es la consecuencia de la comprensión de que, sin hacer también a la persona humana titular del derecho a la paz, sin perjuicio de la existencia de otros titulares, tal derecho quedaba incompleto y su eficacia prácticamente inexistente en una comunidad internacional en la que los Estados no son ya los únicos sujetos de derecho internacional y en la que el ser humano, sujeto asimismo de este derecho, es el objeto último, el que da sentido al derecho todo y por ende al derecho de gentes.

11. En las naciones el derecho humano a la paz fue reconocido constitucionalmente en el preámbulo de la Constitución japonesa de 1946, que aplicó el concepto en su artículo 9, en virtud del cual el Japón renunció para siempre a toda guerra y a toda política armamentista.

Años después, la Constitución de Colombia de 1991 fue otro ejemplo destacable. En su artículo 22 dispuso: "La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento".

Esta línea del derecho constitucional comparado se muestra en otras varias constituciones recientes.

Pero incluso en los casos en los que el derecho humano a la paz no se encuentra reconocido en un texto expreso, tal derecho puede resultar reconocido implícitamente como consecuencia de normas relativas a la vocación pacifista del Estado o de la recepción del derecho internacional, sin perjuicio de que pueda también ser la consecuencia de la garantía constitucional del derecho a vivir.

Sólo interesa en esta brevísima referencia al tema destacar que expresa o implícitamente el derecho constitucional comparado no es ajeno al reconocimiento del derecho a la paz. Esto demuestra la existencia de una conciencia viva y creciente en la opinión pública mundial sobre la importancia del tema, que se ha proyectado y se proyecta en el derecho, de un derecho que no puede y no debe permanecer ajeno a la realidad y a las necesidades individuales y colectivas que tiene la humanidad.

12. En el ámbito internacional el tema del posible reconocimiento jurídico del derecho a la paz, luego del derecho humano a la paz, es, aunque aún puede considerarse incompleto e inacabado, en estado naciente, sumamente interesante y sugerente.

Sostener que existe el derecho a la paz, cuya materia y objeto es la idea de paz, antes definida en el párrafo 9 del apartado 2 del presente trabajo, supone aceptar que hay un derecho colectivo de la humanidad, de los Estados, de las naciones, de los pueblos y de las minorías a la paz y que también, necesariamente, hay un derecho individual de todos los seres humanos y de cada ser humano a la paz.

Si el derecho a la paz fuese sólo un derecho colectivo y se negase o desconociese su carácter de derecho individual, se le quitaría sentido y generalidad, se limitaría su alcance y en último análisis se lo vaciaría de parte de su contenido y de su eficacia.

Sólo concibiendo que el derecho a la paz es un derecho humano, que une su carácter individual al colectivo, este derecho adquiere su plena y total significación.

El derecho a la paz es un derecho tanto en el ámbito nacional o interno como en el internacional. Es tan cierta la afirmación de que no puede haber paz sin derechos humanos como la de que no puede haber derechos humanos sin paz referida a la vida interior de los Estados y a la situación internacional. Constituyen una violación flagrante del derecho a la paz, tanto la violencia del y en el Estado, en lo interno, como la violencia externa resultante de la existencia de un conflicto armado internacional. Por eso un verdadero y sistemático estudio del derecho humano a la paz implica el análisis del derecho a la paz tanto en el ámbito del derecho interno como del derecho a la paz en el campo del derecho internacional.

13. En lo internacional los textos que pueden servir de base a la afirmación de la existencia de un derecho a la paz son básicamente los siguientes:

En primer término, la Carta de las Naciones Unidas, en cuanto proclama como propósito fundamental del sistema de las Naciones Unidas la paz y la seguridad internacionales basadas en dos pilares esenciales: la solución pacífica de las controversias y la renuncia al uso de la fuerza.

En segundo lugar, la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 28 da una base muy importante para afirmar que reconoce el derecho a la paz como un derecho humano. Este artículo dice: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden internacional en que los derechos proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".

Si el concepto de orden internacional incluye necesariamente la idea de paz, debe deducirse que toda persona tiene derecho a que exista un orden internacional capaz de asegurar y garantizar la paz, tanto en lo individual como en lo colectivo.

En tercer término, una resolución adoptada en 1976 por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (resolución 5-XXXII), por 22 contra 7, con una abstención, que proclamó ya entonces el derecho humano a la paz.

En cuarto lugar, dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de especial importancia entre otras citables, vinculadas con el derecho a la paz.

Una es la adoptada en 1978 por la Asamblea General, titulada Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz (33/73 del 25 de diciembre de 1978), en la cual se sostiene que el derecho a vivir en paz es un derecho de todas las naciones y de todos los individuos. Su artículo 1.1 dice:

> Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tiene el derecho inmanente a vivir en paz.
>
> El respeto de ese derecho, así como los demás derechos humanos, redunda en el interés común de toda la Humanidad y es una condición indispensable para el adelanto de todas las naciones grandes y pequeñas, en todas las esferas.

Este artículo encuentra su explicación y fundamentación en un extenso preámbulo, que vale la pena citar porque recuerda de manera adecuada los antecedentes de la cuestión y los otros textos internacionales aplicables:

> La Asamblea General, recordando que en la Carta los pueblos de las Naciones Unidas proclamaron que estaban resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra y que uno de los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas es el de mantener la paz y la seguridad internacionales.
>
> Recordando que, con arreglo a la resolución 95(1) del 11 de diciembre de 1946, de la Asamblea General, los actos de planificar, preparar, iniciar o librar una guerra de agresión son crímenes contra la paz, y que, con arreglo a la Declaración sobre 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, del 24 de octubre de 1970, y a la Definición de la Agresión, del 14 de diciembre de 1974, la guerra de agresión constituye un crimen contra la paz.
>
> Reafirmando el derecho de las personas, los Estados y toda la Humanidad a vivir en Paz.

> Consciente de que, puesto que las guerras comienzan en la mente de los hombres, es allí donde debe construirse la defensa de la paz.
>
> Recordando la Declaración sobre el Fomento entre la Juventud de los Ideales de la Paz, Respeto Mutuo y Comprensión entre los Pueblos, del 7 de diciembre de 1965.
>
> Recordando asimismo la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 y teniendo presente que en este último se establece, entre otras cosas, que toda propaganda a favor de la guerra está prohibida por la ley.

Después de esta resolución del año 1978, en 1984 la Asamblea General adoptó otra importante declaración. Fue la resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984, que aprobó la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz. Fue ésta la primera vez que la Asamblea se refirió expresa y textualmente al derecho a la paz. Antes, en la resolución de 1978, se había usado la expresión "derecho a vivir en paz".

Esta declaración de 1984 de la Asamblea General dice en su artículo primero:

> 1. Proclama solemnemente que los pueblos de la tierra tienen un derecho sagrado a la paz.

Y el artículo 2 dispone que:

> Declara solemnemente que preservar el derecho de los pueblos a la paz y promover la realización de ese derecho constituyen una obligación fundamental para cada Estado;
>
> Subraya que, para asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz, es indispensable que la política de los Estados tienda a la eliminación de las amenazas de guerra, sobre todo de guerra nuclear, del abandono del recurso a la fuerza en las relaciones internacionales y a la solución pacífica de los diferendos internacionales sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas.

Si bien los conceptos de derecho de las sociedades a vivir en paz y de derecho humano a la paz no son totalmente coincidentes y la proclamación del derecho de los pueblos a la paz no es exactamente igual a la proclamación del derecho humano a la paz, todos ellos son conceptos análogos y todos ellos se sitúan en el proceso que conduce, y que deberá culminar en el futuro, con el pleno reconocimiento jurídico del derecho humano a la paz.

En quinto término, la Conferencia General de la Unesco en dos ocasiones, en la Declaración sobre la Enseñanza de los Derechos Humanos y en la Declaración sobre los Medios de Información, proclamó también el derecho a la paz.

En sexto lugar, en el ámbito regional americano existe asimismo la proclamación del derecho a la paz. Este reconocimiento fue hecho por una resolución de la Conferencia General del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina, adoptada en la Conferencia de Quito, en 1979 (R.128.IV), que proclamó, compartiendo lo expresado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 33/73, el derecho de "todas las personas, los Estados y la Humanidad a vivir en paz".

También regionalmente, en el marco de la Organización de Estados Americanos, la Asamblea General de la OEA en 1998, en la Declaración de Caracas, reconoció en el párrafo 4 de este texto la existencia del derecho humano a la paz.

En séptimo término, y también regionalmente, hay otro ejemplo de la proclamación del derecho a la paz. La Carta Africana sobre Derechos de los Hombres y de los Pueblos —el equivalente africano de la Convención de San José— es un texto que no solamente proclama, enumera y garantiza la protección de los derechos de los individuos, sino también los derechos de los pueblos. Esta carta se refiere al derecho a la paz. El artículo 23 de la carta africana reconoce que: "Todos los pueblos tendrán derecho a la paz y a la seguridad nacional e internacional".

14. Los instrumentos que hemos reseñado, de diferente naturaleza jurídica y de distinto campo de aplicación, forman un conjunto de evidente importancia política y jurídica. Pero se carece aún de un instrumento de tipo convencional, de vocación universal, que proclame el derecho humano a la paz y lo tipifique adecuadamente, encare la forma de asegurar internacionalmente su respeto y especifique las responsabilidades y sanciones por su violación.

15. Sin la efectividad real de la paz no pueden existir en la verdad los derechos humanos, porque la violencia intra o interetática, especialmente en el caso de la guerra interna o internacional, apareja siempre la violación radical de los derechos humanos, especialmente del derecho a la vida. Por eso la convicción de la necesidad de asegurar por y en medio de la paz el respeto de todos los derechos humanos fundamenta la imperativa exigencia de que entre estos derechos se incluya y se reconozca expresamente el derecho humano a la paz, se asegure su acatamiento y se responsabilice y sancione a quienes lo violen.

4. El desarrollo doctrinario del concepto de derecho humano a la paz

16. La doctrina, en los últimos veinte años, ha reflexionado constantemente en torno a la existencia, efectividad, normatividad y consecuencias del reconocimiento del derecho humano a la paz, expresión dirigida a hacer del ser humano titular, en lo que a él respecta, del derecho genérico a la paz.

Lo ha hecho en el marco jurídico de la reflexión y la afirmación de la necesidad ineludible del reconocimiento expreso de los "nuevos derechos", de los a veces llamados derechos de la tercera generación, de la solidaridad o de vocación comunitaria —como por ejemplo, entre otros, este derecho humano a la paz, el derecho al desarrollo y el derecho de todos los seres humanos a gozar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado—, expresión de la tipificación conceptual de derechos y deberes resultantes de necesidades humanas nacidas de las características específicas del mundo actual y de los elementos distintivos que lo diferencian de lo que el mundo era antes.

Esta doctrina, situada en el derecho constitucional comparado y en el derecho internacional, no ha sido sólo la obra de los especialistas en la reflexión política y jurídica y de algunos organismos gubernamentales tanto universales como regionales, sino que también ha contado con el valiosísimo aporte de las religiones, en especial de la Iglesia Católica que, en particular después de la encíclica *Pacem in Terris*,

ha insistido constantemente en el tema de la paz y del derecho y de los deberes que de ella dimanan, así como de la acción de muchas organizaciones no gubernamentales que han aportado valiosos elementos de juicio.

La doctrina ha construido así el concepto de derecho humano a la paz, precisando un objeto (la paz), estudiando lo que significa atribuir a la persona humana, en cuanto sujeto de derecho internacional, la titularidad de este derecho y los deberes resultantes, tanto de los otros seres humanos como de los diversos sujetos involucrados.

Este aporte doctrinario que puede seguirse en la bibliografía que acompaña el presente trabajo no podía —al perfilar jurídicamente este derecho humano a la paz como un derecho subjetivo, simultáneamente individual y colectivo pero aún en estado naciente, como los otros nuevos derechos, aunque con distintos grados, elementos y carácter, normativización— dejar de señalar sus carencias, en cuanto a su fundamento normativo, su gravísimo desacuerdo con la realidad, su constante violación y la absoluta falta de sanciones efectivas ante su contravención.

5. La Unesco y el derecho humano a la paz

17. Si hay una organización internacional que se ha destacado en el esfuerzo para precisar el concepto del derecho humano a la paz, en el intento de darle una mejor base normativa y situarlo en el centro de los elementos constitutivos de una cultura de paz, esa organización es la Unesco.

La Unesco, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, es según la Carta de las Naciones Unidas (artículo 57) un órgano especializado del sistema de las Naciones Unidas.

Basándose en los luminosos conceptos del preámbulo de su Constitución, la Unesco, en especial cuando ejerció la dirección general Federico Mayor Zaragoza, encaminó su acción hacia la afirmación del derecho humano a la paz, en el marco de la cultura de paz y para su perfilamiento normativo.

18. Veamos algunas de las más recientes, aunque todas anteriores a 1998, etapas cumplidas por la Unesco en esta acción:

a) En enero de 1997 el director general de la Unesco, señor Federico Mayor Zaragoza, emitió y publicó un mensaje planteando la cuestión del derecho humano a la paz, abriendo así el camino para su consideración por la Unesco.
b) En febrero de 1997 la Unesco convocó una reunión de expertos, en Las Palmas (Islas Canarias), organizada conjuntamente con el Instituto Tricontinental de Democracia Parlamentaria y Derechos Humanos y la Universidad de las Palmas, y con el apoyo del Gobierno de Canarias, que se realizó a partir del 25 de febrero.

El objetivo de esta reunión de expertos fue el de “ir identificando los elementos constitutivos de un derecho humano a la paz”, tarea que pudiera luego

servir de base a la elaboración de "una Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz".

Los expertos convocados en calidad de relatores fueron entre otros: A. Cançado Trindade, A. Eide, H. Gros Espiell, K. Kumado, Anaisabel Prera Flores, J. Symonides, D. Uribe Vargas y Karel Vasak. Fueron invitados a participar también, entre otros: M. Bedjaoui, T. Buergenthal, A. Carrillo Salcedo, Y. Dinstein, A. Lopatka, M. Medina Ortega, Rigoberta Menchú, S. Oda, L. Petitti, R. Ranjeva, C. Romeo Casavona, E. Roncounas y Desmond Tutú.

Los temas encarados por algunos de los relatores fueron: fundamentos del derecho humano a la paz, Uribe Vargas; exigencias actuales de la paz moderna, Eide; requisitos para la paz y la paz como requisito, Cançado Trindade; la educación para la paz, Symonides, e implementación internacional del derecho a la paz (protocolo a las convenciones de derechos humanos, nueva declaración o convención), Gros Espiell.

La conclusión final titulada "De la cultura de la guerra a la cultura de la paz" fue el objeto de la conferencia del director general de la Unesco, Federico Mayor Zaragoza.

Esta reunión de expertos cumplió plenamente sus objetivos, ya que los informes de los relatores y el documento final constituyeron la base para la etapa siguiente: la elaboración de un anteproyecto de declaración universal sobre el derecho a la paz.

c) La siguiente etapa fue la reunión de expertos en Oslo, entre el 6 y 8 de junio de 1997, cuyo objeto fue la preparación de un anteproyecto de declaración universal sobre el derecho humano a la paz.

Fue organizada por la Unesco y el Instituto Noruego de Derechos Humanos. Concurrieron varios de los expertos que habían participado en el encuentro de Las Palmas y algunos nuevos, como por ejemplo, Asdrúbal Aguiar. Fue presidida por el director del Instituto Noruego de Derechos Humanos, señor Eide, y participó activamente el entonces director general de la Unesco, señor Federico Mayor Zaragoza.

La reunión de Oslo fue un éxito. Puso de manifiesto una coincidencia total, ideológica, política y jurídica entre los participantes. Fue así posible adoptar por unanimidad un anteproyecto de declaración universal sobre el derecho humano a la paz.

d) La última etapa prevista por la Unesco —o la antepenúltima, si se la considera como lo que podría haber sido el escalón final antes de la consideración del asunto por el Consejo Ejecutivo y por la Conferencia General— fue la reunión de expertos gubernamentales realizada en París, entre el 5 y el 9 de mayo de 1998, que fue presidida por el experto gubernamental venezolano Dr. Asdrúbal Aguiar.

Esta reunión de expertos gubernamentales fue un fracaso. Pese a la posición favorable de los participantes nombrados por gobiernos de países en desarrollo de América Latina, África y Asia, la cerrada y radical oposición de otros expertos gubernamentales, especialmente de países de Europa occidental, impidió la adopción de un proyecto de declaración que podía haber sido el anteproyecto de Oslo u otro análogo.

Las razones de la oposición fueron, a mi juicio, absolutamente inconsistentes y faltas de razón. Las refuté en una de las intervenciones que realicé en mi calidad de experto gubernamental del Uruguay.

Fueron, creo, resultado de temores infundados, de enfoques anticuados y de la errónea creencia de que la adopción de una declaración de este tipo podía ayudar a algunos movimientos terroristas o a disidentes respecto de la estructura del Estado y sobre la política de algunas organizaciones militares, por ejemplo de la OTAN, que a veces quisieron disfrazarse de argumentos jurídicos absolutamente inconsistentes.

Estas oposiciones pusieron de manifiesto una total incomprensión del significado y del valor del derecho humano a la paz como instrumento esencial contra la violencia en todas sus formas, incluso la violencia terrorista.

Pero la no adopción de un proyecto de declaración sobre el derecho humano a la paz, en esta reunión gubernamental, puso fin al proceso que se venía cumpliendo en la Unesco y, asimismo, en cierta forma, desaceleró y hasta puede decirse que congeló el interés por el tema de la cultura de paz.

19. Esta acción ejemplar de la Unesco, consecuencia del hecho de ser la expresión internacional de la conciencia cultural de la humanidad, se une naturalmente a la obra ya cumplida y a la que deberán cumplir las Naciones Unidas y algunas de sus organizaciones especializadas (artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas) en el ámbito específico de su competencia y las organizaciones gubernamentales de carácter regional (artículos 52-54 de la Carta de las Naciones Unidas).

No podría asimismo dejarse de señalar la labor de muchas organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción de la defensa de la paz y la labor que éstas han de desarrollar en el futuro.

Es de justicia asimismo recordar las conferencias Armand Hammer "Derechos humanos = Paz, Paz = Derechos humanos" que en las décadas de los setenta y ochenta en Oslo, Aix en Provence, Montebello, Hyde Park y Madrid aportaron muy importantes elementos de juicio sobre la relación paz - derechos humanos, y la justificación y fundamentación posible de un derecho a la paz.

Y, aunque nunca ha premiado específicamente el esfuerzo intelectual y político para consagrar el derecho humano a la paz, no debe olvidarse el Premio Nobel de la Paz, que, desde 1901, ha sido otorgado a personas o a instituciones que han luchado, en diferente forma, por la paz.

6. El objeto del derecho humano a la paz: la paz

20. El objeto, la materia del derecho a la paz, y consecuentemente del derecho humano a la paz, es la paz. La paz en sentido integral, como ausencia de violencia intra o interetática, ya sea bélica o cuando asuma otras formas, pero también necesariamente en un sentido positivo como expresión de la justicia y de la solidaridad.

Este concepto integral de paz, ineludiblemente actual, va más allá de la idea meramente negativa de la paz que pudo existir en determinados momentos históricos y en algunas culturas pero que hoy ya es imposible sostener ante la general convicción de que debe haber una concepción universal integral y plena de la paz, que no es concebible cuando a la ausencia de violencia se suma el imperio de la justicia y de la solidaridad, tal como ya lo sostuvimos en el párrafo 9 del apartado 2 del presente estudio.

21. Reconocer que la paz es el objeto de un derecho y consiguientemente que existen a su respecto deberes, obliga a aceptar el valor ético del pacifismo, entendido en su verdadero y correcto significado, no como quietismo y pasividad, aceptación de una situación injusta, admisión resignada de la agresión y de la violencia, sino, por el contrario, como brega por la paz y defensa del valor ético, humano y social que ella implica, usando todos los medios lícitos que resultan del derecho.

7. Los posibles sujetos titulares del derecho a la paz

22. Si la paz es el objeto, la materia de un derecho a la vez individual y colectivo que con respecto a los individuos constituye un derecho humano, es preciso enumerar los diversos sujetos activos que son titulares de ese derecho genérico a la paz.

Estos titulares, actuando de acuerdo con las formas y procedimientos diversos que resultan de su diferente naturaleza y de sus distintos estados jurídicos, no siempre iguales, poseen todos ellos un derecho subjetivo a la paz. Derecho subjetivo que da a sus titulares, respetando las modalidades que resultan de sus diferentes naturalezas, la capacidad de actuar para plantear la exigibilidad de la paz, reclamar su respeto y accionar para que se hagan efectivas las responsabilidades y sanciones por su violación.

23. El reconocimiento de la existencia de un derecho a la paz exige el análisis de la cuestión de la titularidad de este derecho, en relación con los diversos y posibles sujetos de él.

Antes de entrar a su enumeración es necesario precisar que la materia de este derecho, es decir, la paz, puede generar la titularidad de tal derecho en diversos sujetos, titulares todos ellos del mismo derecho referido a una igual materia.

Todos estos derechos nacidos de un concepto único y genérico, el derecho a la paz, coexisten válidamente sin que se excluyan entre sí. Suponen el reconocimiento y la legitimidad común de los derechos de otros titulares del mismo derecho genérico a la paz. Esto, naturalmente, sin perjuicio del deber de reconocer los procedimientos y las formas que los distintos titulares del derecho a la paz, según el derecho aplicable, podrán ejercitar y accionar jurídicamente para el reconocimiento de aquél, para su aplicación y para la sanción por su violación.

24. La más moderna y progresista doctrina del derecho internacional sostiene, a mi juicio con entera razón, que la humanidad constituye un sujeto de derecho internacional. La humanidad, respecto de la que puede conceptuarse que se materializa

jurídicamente en la comunidad internacional, tiene derecho a la paz como uno de sus titulares.

Es este derecho de la humanidad la expresión del carácter necesariamente general y universal del derecho humano a la paz, expresión de una necesidad conjunta y solidaria de todos los miembros de la especie humana.

25. Los Estados son también titulares del derecho a la paz. Este derecho de los Estados encuentra su fuente expresa en la Carta de las Naciones Unidas. La paz y la seguridad, objeto del primer propósito de las Naciones Unidas (artículo 1.1), constituyen el objeto de un derecho que a su respecto, para lograrlo, mantenerlo y preservarlo, poseen todos los Estados que coexisten en una comunidad en la que la fuerza está proscrita salvo los casos exceptuados por el derecho internacional (artículo 2.4) y en la que los miembros de las Naciones Unidas deberán ser "amantes de la paz" (artículo 4 de la Carta). Este derecho se proyecta en el deber de resolver las controversias por medios pacíficos (artículos 2.3, 33-38), en la acción del Consejo de Seguridad en casos de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión (artículos 39-50), por el reconocimiento expreso del "derecho inmanente de legítima defensa" individual o colectivo (artículo 51) y por la eventual acción dentro del marco previsto por la Carta, de los acuerdos regionales (artículo 52-54).

26. Las naciones asimismo deberán ser reconocidas como titulares del derecho a la paz. Cuando una nación coincide con un Estado, la titularidad del derecho del Estado y la de la nación se superponen y en cierta forma existirá un solo titular internacional de tal derecho. Pero cuando en un Estado hay varias naciones distintas o cuando una sola nación se encuentra dividida entre varios Estados, casos todos ellos reales en la historia y en el mundo actual, la titularidad del derecho a la paz de la nación debe ser distinguida y reconocida como diferente de la que el Estado posee.

El planteamiento dirigido a que el derecho internacional reconozca expresamente los deberes internacionales de las naciones fue hecho por Juan Pablo II ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. La carencia actual al respecto del derecho internacional constituye una asignatura pendiente. Es un tema que no puede ignorarse.

27. Los pueblos, concepto que no siempre es fácil distinguir del de nación, han de ser también titulares del derecho a la paz.

La subjetividad internacional de los pueblos ha sido ya reconocida, en especial, en relación con el derecho a la libre determinación, en múltiples instrumentos internacionales, en especial, entre otros, en el artículo 1 de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

El derecho de los pueblos a vivir en paz y específicamente su derecho a la paz ha sido proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y se encuentra convencionalmente declarado en la Carta Africana de Derechos de los Hombres y de los Pueblos. Pero, como en otros muchos casos relativos al derecho a la paz, referido a distintos titulares, falta un instrumento internacional general y de vocación universal que proclame y enumere los derechos y deberes resultantes del derecho a la paz.

28. Las minorías poseen de igual modo, en cuanto titulares, un derecho a la paz. El concepto de minoría no siempre es fácilmente distinguible del de pueblo. pero las minorías objeto de reiteradas referencias expresas en el derecho internacional actual, que ha reconocido que éstas son titulares de derechos y que a su respecto existen deberes de la comunidad internacional y de los Estados dentro de los cuales se encuentran, hace que posean necesariamente el derecho a la paz, tanto respecto del Estado en que se encuentran como en relación con la paz internacional.

29. El ser humano hoy se considera unánimemente, en el nuevo derecho internacional, como un sujeto del derecho de gentes. No sólo en cuanto es un centro de imputación de derechos y deberes emanados del derecho internacional, sino también en cuanto posee, en múltiples ocasiones, los medios para accionar internacionalmente en defensa de alguno o algunos de esos derechos.

Todo ser humano es persona. Y en cuanto persona, en el tradicional y actual concepto jurídico de persona, es titular de derechos y deberes internacionales y tiene, cuando así lo dispone el derecho, capacidad para accionar en defensa de ellos.

Entre los derechos de que la persona humana ha de ser titular se ubica necesariamente el derecho a la paz. De tal modo, el derecho a la paz deviene un derecho humano: el derecho humano a la paz.

En otros apartados del presente estudio hemos de analizar las consecuencias actuales, en el marco del derecho vigente, del reconocimiento del derecho humano a la paz y los caminos a seguir para completar y mejorar la forma en la que el derecho ha encarado la cuestión y para colmar la lamentable laguna que resulta del no reconocimiento actual expreso del derecho humano a la paz.

8. Las más graves violaciones del derecho humano a la paz

30. Aunque es obvio, no puede dejarse de señalar que el primer caso de violación del derecho humano a la paz es la violación de la paz como consecuencia de la agresión bélica por la amenaza o empleo de la fuerza en su más amplio sentido, dejando de lado el derecho internacional.

31. Pero a la agresión bélica internacional es necesario sumar la violencia bélica interna, porque la paz no es sólo un valor internacional sino un valor general, un principio y un objetivo, todos ellos asimismo generales, que por tanto deben ser respetados y garantizados en el ámbito interno.

En ese sentido es preciso comprender que la violencia, su amenaza y su empleo, que por sí misma es ilegítima, con excepción de cuando se usa de acuerdo con el derecho para asegurar el orden jurídico previamente violado, constituye *per se* una violación de la paz y, por ende, una forma de conculcar el derecho humano a la paz.

32. Hoy día la violencia terrorista constituye uno de los más grandes ataques al derecho a la paz.

El terrorismo no es sólo un peligro y un ataque a los derechos humanos en general, sino que es, concreta y específicamente, un peligro y un ataque al derecho humano a la paz.

El terrorismo, que debe ser combatido por la cooperación internacional y la acción nacional por medios jurídicos respetuosos de los derechos humanos, no puede dar lugar al irrespeto de estos derechos ni al empleo de medidas antiterroristas que constituyan, a su vez, formas de terrorismo.

En el Estado democrático de derecho, el fin no puede justificar el empleo de procedimientos o medios antijurídicos.

Pero el necesario combate actual contra el terrorismo, en defensa del derecho humano a la paz, no puede hacer olvidar las situaciones que en muchas ocasiones lo generan: la pobreza, la ignorancia, las carencias económicas y sociales, la discriminación y la exclusión en todas sus formas. Por eso, combatir esas causas y gobernar para resolver esos problemas constituye una forma necesaria de encarar la lucha contra el terrorismo y, por ende, defender el derecho humano a la paz.

9. Caracterización jurídica del derecho humano a la paz

33. El derecho humano a la paz es un derecho subjetivo. Es decir que, en cuanto tal, "da el poder de actuar de acuerdo con la norma o las normas que forman el derecho objetivo".

El derecho subjetivo se traduce en el poder o la capacidad de actuar usando todos los procedimientos previstos por el derecho objetivo para promover, denunciar y reclamar la violación de un derecho humano, para peticionar la sanción penal, civil o administrativa o la correspondiente indemnización.

34. El derecho a la paz constituye hoy, en el derecho internacional de la actual comunidad internacional, uno de los casos de *jus cogens*.

El *jus cogens* en el derecho internacional actual es una expresión aplicable a los casos de normas imperativas, reconocidas como tales por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1970 (artículos 53 y 64), que se sitúan en la cúspide de la pirámide jurídica y cuya violación apareja la nulidad de los actos jurídicos contrarios a ellas y, consiguientemente, la invalidez de los hechos materiales fundados en esos actos jurídicos nulos.

El derecho a la paz es un derecho que reviste este carácter de *jus cogens* por un doble motivo.

Por constituir la necesaria proyección de las consecuencias de la interdicción del uso de la fuerza en los términos fijados en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de Naciones Unidas, caso reconocido unánimemente como una de las situaciones a la que es aplicable el concepto de *jus cogens*.

Y además porque el derecho humano a la paz, una de las expresiones del derecho a la vida, en cuanto derecho humano, es por ello, asimismo, uno de los casos de

jus cogens, concepto que incluye actualmente y de manera necesaria todo lo referente al reconocimiento, la protección y garantía del núcleo esencial de los derechos humanos.

35. Por su naturaleza, el derecho a la paz genera obligaciones correlativas de respetarlo. Estas obligaciones de carácter general, en especial de los Estados respecto de la comunidad internacional en su conjunto, deben ser consideradas como poseedoras del carácter de *erga omnes.*

El deber de abstenerse "de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas" es un "principio" reconocido por el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta.

Es uno de los pilares sobre los que se construyen las Naciones Unidas y quizás el más indudable, aceptado por toda la doctrina, caso de *jus cogens*, aunque tristemente la realidad internacional ha mostrado su reiterada violación paralela con el lamentable debilitamiento del peso político real de las Naciones Unidas.

Este deber de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza se proyecta en la existencia del derecho a la paz y constituye su fundamento en la Carta de las Naciones Unidas.

36. El deber de no recurrir a la amenaza o al empleo de la fuerza, en el marco de la Carta de las Naciones Unidas, implica el derecho a exigir que no se recurra a ese medio ilegítimo. Y ese derecho es el derecho a la paz.

El derecho a la paz es un derecho y un deber de los Estados, cuya acción se ha de desarrollar en función del reconocimiento del deber de abstenerse de la amenaza o del empleo de la fuerza.

Pero el derecho a la paz, como ya lo hemos afirmado, se proyecta en un ámbito más amplio y general. Es un derecho que, según diferentes formas y modalidades, pertenece también a otros sujetos que son asimismo titulares de ese derecho.

37. Entre ellos y sin perjuicio de los otros casos ya referidos en el apartado 8 del presente estudio, posee especial relevancia e interés el caso de la persona humana.

Respecto de ella y en relación con su titularidad es que el derecho a la paz deviene en el derecho humano a la paz.

38. El derecho humano a la paz, plenamente configurado conceptualmente, debe considerarse en cambio que, desde el punto de vista jurídico y en el derecho internacional, se encuentra en estado naciente.

En efecto, objeto de diversos instrumentos internacionales de diverso origen y de diferente naturaleza, pero en general de tipo declarativo y parcial, limitados a la proclamación del derecho, no ha encontrado aún siquiera una regulación de tipo general que intente precisar sus elementos constitutivos, sus caracteres y sus consecuencias, aun siendo solo de tipo declarativo, como podría ser, por ejemplo, un texto emanado de la Asamblea General de las Naciones Unidas o de la Conferencia General de la Unesco. Y si no se ha llegado aún ni siquiera a esto, es obvio que no existe

todavía nada que sea un texto universal de tipo convencional sobre el derecho humano a la paz.

Sin perjuicio de la existencia del reconocimiento del derecho de los pueblos a la paz, que se encuentra en la Carta Africana de los Hombres y de los Pueblos, y de sus posibles proyecciones sobre la existencia paralela de un derecho humano a la paz y de la referencia al deber de educar para la paz, que se encuentra en el Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, éstos son casos de instrumentos de tipo regional, de validez no universal, que por lo demás no son ni pretenden ser una forma integral y completa de encarar la cuestión del derecho humano a la paz.

Se requerirá, por tanto, en el futuro, un tratado autónomo emanado preferentemente de las Naciones Unidas o eventualmente de la Unesco.

Este tratado podría ser un tercer pacto internacional relativo a los derechos de la solidaridad, como por ejemplo el anteproyecto que elaboró Karel Vasak y cuyos artículos 1 y 2 se refieren al derecho a la paz atribuido "a todo hombre y a todos los hombres considerados colectivamente tanto en el plano internacional como en el nacional". El artículo 2 de este interesante anteproyecto enumera en diez párrafos las consecuencias que, sin discriminación alguna, deberían resultar del reconocimiento de este derecho humano a la paz.

39. Para su plena y eficaz configuración jurídica, el derecho humano a la paz requiere, por tanto, como acabamos de expresarlo y explicarlo, una base normativa que puede comenzar por una declaración adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas o por la Conferencia General de la Unesco, texto que debería constituir luego la base de la elaboración posterior de un tratado o de un protocolo, es decir, de un texto internacional convencional, del cual resultarán derechos y deberes exigibles internacionalmente relativos al derecho humano a la paz.

Este deseable instrumento internacional futuro deberá contener normas que establezcan las vías procesales para denunciar su violación y respecto de las competencias del órgano u órganos de control para adoptar medidas eficaces para sancionar las violaciones. Esta perspectiva futura deberá asimismo encarar la relación de este pacto con el nuevo derecho penal internacional, cuestión que hoy es esencial.

40. El proceso hacia la deseable y necesaria configuración normativa convencional del derecho humano a la paz tendría que ser acompañado y complementado por pasos paralelos en el derecho interno, ya sea por vía constitucional o por medio de la ley, para reconocer expresamente este derecho humano y asegurar su aplicación, efectividad y respeto de todas sus consecuencias, que deberán ser adecuadamente enumeradas.

Sin duda, en la forma de encarar por el derecho interno la efectividad y consecuencias del reconocimiento expreso del derecho humano a la paz y de los deberes que existen a su respecto, el derecho penal ha de desempeñar un importante papel en

la tipificación y sanción de los delitos que pueden resultar de las violaciones de este derecho humano.

10. Algunas consecuencias del reconocimiento del derecho humano a la paz

41. El derecho a no participar o a no intervenir personalmente en ninguna agresión internacional violatoria del derecho internacional ni tampoco en una represión interna ilegítima violatoria del derecho constitucional interno en cuanto éste sea legítimo, constituye un derecho que ha de ser la consecuencia del reconocimiento del derecho humano a la paz.

42. El deber de defender la patria agredida no puede desconocerse y no podría invocarse el derecho humano a la paz para eludir por ningún ciudadano el deber de actuar para repeler una agresión ilegítima, violatoria del derecho internacional, contra su patria.

43. La admisión de la objeción de conciencia. Esta cuestión constituye hoy la materia, el objeto de un derecho reconocido, dentro de ciertos límites, por el derecho internacional y en muchos casos por el derecho interno, incluso a veces por el derecho constitucional positivo.

Muy embrionariamente aceptado por el derecho internacional, ya que se pueden encontrar algunos elementos preliminares en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entró en el derecho interno cuando esta objeción se fundamentó en su incompatiblidad con ideas religiosas o filosóficas esenciales y no fue una excusa para eludir deberes legítimos que resultan del orden legítimo vigente.

Es muy difícil, casi imposible, pensar hoy que ningún Estado esté dispuesto a reconocer la objeción de conciencia fundada en la invocación del derecho humano a la paz ante la exigencia de integrar una fuerza militar y de actuar en ella en una guerra internacional o en una contienda bélica civil interna.

Pero de igual modo no es imposible creer que el reconocimiento jurídico formal del derecho humano a la paz va a producir un avance en la ampliación conceptual del derecho a la objeción de conciencia y su aplicación en los casos de oposición a intervenir o actuar en una ilícita agresión internacional o en una igualmente ilícita acción represiva bélica interna por un nacional del Estado involucrado en esa o esas acciones ilegítimas.

44. El derecho humano a la paz justifica el derecho a negarse a participar y el correlativo deber de oponerse a un belicismo gubernamental contrario al derecho internacional y, en lo pertinente, al derecho constitucional interno.

Esta afirmación lleva a la conclusión de que el reconocimiento del derecho humano a la paz implicará el derecho a exigir por los medios jurídicamente lícitos, al gobierno del Estado de que se es nacional, una política de paz.

La negativa a participar o apoyar el belicismo gubernamental es no sólo un derecho humano consecuencia, en un Estado democrático de derecho, del principio

de libertad y de los derechos de opinión y de emisión del pensamiento, sino además una consecuencia concreta y específica del derecho humano a la paz.

El derecho a promover y defender, de acuerdo con el orden jurídico del Estado de que se es nacional, una política de paz, es asimismo un derecho de todo ciudadano, que debe, naturalmente, ejercerse en la forma y por los procedimientos previstos en el derecho de un Estado democrático.

11. Los deberes resultantes del reconocimiento del derecho humano a la paz

45. El derecho humano a la paz genera la obligación de respetarlo con todas las consecuencias que de ello derivan. Son las obligaciones que resultan correlativamente de la existencia del derecho humano a la paz. Como sujeto activo de este derecho, toda otra persona humana tiene el deber de respetar ese mismo derecho poseído por los otros titulares.

46. Pero además hay deberes específicos respecto del derecho humano a la paz que no son la mera consecuencia correlativa de la existencia de tal derecho.

Estos deberes son deberes exigibles a toda persona. Como bien dice la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.1:

> Toda persona tiene deberes respecto de la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

Pero este deber referido a las consecuencias del derecho humano a la paz no es sólo un deber de todas las personas humanas.

Es también exigible a la comunidad internacional, a los Estados y a las organizaciones internacionales, tanto las de carácter universal como las regionales. La omisión de estos deberes en esos casos tendría que ser la causa de una responsabilidad internacional.

Los deberes respecto de la paz no pueden limitarse sólo a los casos en que estén involucrados sujetos de derecho internacional de carácter gubernamental. Toda organización internacional no gubernamental tiene la obligación, esencialmente moral en su caso, de promover y defender la paz.

Como ya señalamos en el párrafo 45, junto a estos deberes hay que situar aquellos otros que, con respecto al derecho humano a la paz, son correlativos, son la consecuencia de la existencia de tal derecho. La correlatividad de los deberes emanados de los derechos constituye un principio reconocido expresamente por el derecho internacional positivo. Así por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de mayo de 1948, dice en los párrafos 2 y 3 de su preámbulo:

> El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del Hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

> Los deberes de orden jurídico presuponen otros de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Y el capítulo V de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Deberes de las personas") dice en su artículo 32 ("Correlación entre deberes y derechos"):

> Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la Humanidad.
> Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

De tal modo, todos los seres humanos, correlativamente al reconocimiento del derecho a la paz de que son titulares, tienen el deber de respetarlo, promoverlo y defenderlo en relación con todos los otros individuos de la especie humana.

12. Derecho humano a la paz y cultura de paz

47. La correcta e indudable afirmación de que la guerra nace en la mente de los hombres y es en la mente de los hombres en donde deben erigirse los baluartes de la paz, incluida en el preámbulo de la Constitución de la Unesco, da la clave de la relación entre el derecho humano a la paz y la cultura de paz.

Nunca podrá haber una paz verdadera y universal si no existe una cultura de la paz opuesta y negadora de una "cultura" de la violencia. Esta cultura de la paz que ha existir en la mente y en el corazón de cada ser humano, en la vida de cada comunidad y de la sociedad toda, constituye, por ende, el basamento sobre el que debe construirse la realidad del reconocimiento efectivo del derecho a la paz y de todas las consecuencias que resultan de este reconocimiento.

13. Educar para la paz y para el respeto del derecho humano a la paz

48. Existe un deber internacional —reconocido asimismo en muchas constituciones actuales, en el ámbito del derecho interno— de educar para la paz en cuanto valor esencial y necesario en la formación de la infancia, la adolescencia y la juventud.

Ya el artículo 26, párrafo 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos había sabiamente dispuesto:

> La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las Naciones y todos los grupos étnicos o religiosos y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Sin duda en este texto, correctamente interpretado, es posible encontrar el fundamento del deber de educar para la paz, lo que lleva a basar el reconocimiento de que la educación debe incluir el tema del derecho humano a la paz.

49. Una norma convencional en igual sentido, que utiliza prácticamente los mismos términos, se encuentra en el párrafo 1 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

50. Por su parte, el párrafo 1 del artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas dispone:

> Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley.

Al prohibir, a través del encargo que hace a la ley, la propaganda a favor de la guerra, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos se funda en la necesidad de defender y promover la paz, ya que la guerra es la expresión más radical de su negación.

51. Muchas otras normas internacionales podrían citarse en igual sentido y con igual objeto de las antes recordadas.

52. El Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone en el párrafo 2 de su artículo 13, "Derecho a la educación":

> Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.

Este texto es, sin duda, más preciso que los otros antes citados en cuanto a la obligación de educar para la paz y, consiguientemente, a tener en cuenta respecto de la existencia de un derecho humano a la paz.

Pero además, y esto es particularmente destacable, el párrafo 6 del artículo 19 de este protocolo ("Medios de protección") dispone:

> En caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fueran violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Esto significa que la violación del derecho a la educación (artículo 13), en cuanto al deber de educar para la paz, puede dar lugar a la "aplicación del sistema de peticiones individuales" que regulan los artículos 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Competencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y 61 a 69 de la misma convención (Competencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Esta remisión a las competencias de la Corte no sólo incluye lo relativo a la competencia contenciosa (artículos 61-63), sino también a la competencia consultiva (artículo 64). Es decir que, en este último caso, se podría

pedir a la Corte Interamericana que emitiera opiniones consultivas respecto del derecho, y el correlativo deber, de educar para la paz y sobre el derecho humano a la paz.

53. La educación para la paz y para el reconocimiento del derecho humano a la paz no puede limitarse a la enseñanza oficial (elemental, primaria, secundaria o media, superior y técnica).

Comprende a toda la enseñanza, oficial y privada, sin perjuicio de la libertad de enseñanza.

Además debe incluir todas las expresiones de enseñanza no formal y en especial la educación y formación familiar, elemento esencial sin el cual la enseñanza formal, en especial la preescolar o elemental o primaria, no podrán nunca alcanzar plenamente sus objetivos.

14. La lucha por la efectividad del derecho humano a la paz

54. El derecho a la paz, y consiguientemente el derecho humano a la paz, carecería de eficacia si no existieran sanciones en los casos en que fuera violado.

En el caso del derecho a la paz, cuando ese derecho se ha violado como consecuencia de una agresión o por una violación del deber de abstención de la amenaza o del uso de la fuerza, en el marco de lo dispuesto en el derecho internacional y la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.4), las sanciones son, en especial, las previstas en el capítulo VII de la Carta, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales de la responsabilidad internacional por la violación del derecho internacional.

55. Pero además, la violación del derecho a la paz puede generar —en cuanto puede traducirse en acciones individuales de tipo delictivo, tipificadas como tales en el derecho penal internacional—, especialmente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, una responsabilidad penal individual.

Si esto es así en lo que se refiere al derecho a la paz, una conclusión análoga aunque no exactamente igual existe en lo relativo al derecho humano a la paz.

56. La violación de este derecho humano desde el punto de vista internacional puede originar una responsabilidad internacional en la aplicación de principios y procedimientos existentes ya en el derecho internacional, si bien es obvio que no será aplicable en cuanto al derecho humano a la paz lo que se establece en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

En cambio, el derecho penal internacional sería aplicable en casos delictivos de violación del derecho humano a la paz.

57. Pero las sanciones como consecuencia de la violación del derecho humano a la paz no pueden reducirse a los casos de aplicación del derecho internacional.

El derecho interno, a través especialmente del derecho penal, ha de jugar un importante papel en la tipificación y sanción de las violaciones delictivas, en principio en el territorio del Estado, del derecho humano a la paz.

58. Sin perjuicio de todo esto existe ya, y el asunto ha de continuar desarrollándose, una conciencia pública y una opinión que, al expresarse críticamente respecto de las violaciones del derecho humano a la paz, constituye una forma difusa, no jurídica, pero de importancia social y política evidente, por la violación de este derecho humano.

15. El derecho humano a la paz hoy

59. En los días que vivimos, el reconocimiento y la consagración jurídica del derecho humano a la paz —tanto en el derecho interno en las Constituciones nacionales como en el derecho internacional, en uno o varios instrumentos internacionales emanados de la comunidad internacional en su conjunto o de sistemas regionales, aun reconociendo que no puede todavía precisarse cuál será en el futuro la naturaleza y la forma jurídica de ese o esos instrumentos— constituye una evidente necesidad.

Una necesidad para la lucha individual y colectiva de todos y de cada uno por la paz en su más amplia, comprensiva y general acepción.

Una necesidad en la acción contra la violencia, tanto la violencia bélica internacionalmente ilegítima como la violencia igualmente ilegítima en el interior de los Estados.

Una necesidad para actuar más eficazmente contra el terrorismo, que es una trágica manifestación actual de repudiable violencia, pero que responde a causas económicas, sociales y políticas que es necesario combatir.

Una necesidad para afirmar los valores de la tolerancia, la solidaridad y la cooperación fundadas en la justicia, valores sin la realidad de los cuales es imposible el imperio de la paz.

Las críticas y los temores que desde 1976 hasta hoy llevaron a algunos gobiernos y a ciertos portavoces de sus ideas a oponerse a la consagración jurídica del derecho humano a la paz carecen de fundamento ético y racional y en su puerilidad muestran una ciega incomprensión de las realidades actuales.

No se debilita, en efecto, al Estado reconociendo el derecho humano a la paz; por el contrario, se fortalece al verdadero Estado democrático de derecho, justo y defensor de los derechos humanos. Sólo el Estado arbitrario, fundado en la imposición antidemocrática, puede temer las consecuencias del reconocimiento del derecho humano a la paz.

Este reconocimiento constituye una aspiración y una necesidad universal. Responde a un requerimiento de la humanidad. La paz —y la consiguiente necesidad de promoverla, defenderla y garantizarla— no es una idea nacional o regional, un concepto unido a una sola tradición religiosa, filosófica o política. Es, por el contrario, una idea universal que se encuentra en todas las verdaderas culturas y en todas las civilizaciones. Por eso es universal y los medios para lograrla y encarnarla en la realidad deben asimismo ser universales.

El derecho a la paz es total, general e indivisible. Por eso no tiene sentido afirmarlo y reconocerlo respecto de los Estados, los pueblos, las naciones y las minorías y negarlo empecinadamente en lo que se refiere a los individuos. Constituye hoy un absurdo jurídico y político no aceptar, entorpecer o dificultar el proceso irreversible hacia el reconocimiento pleno de un derecho a la paz del cual también sean necesarios titulares todos los seres humanos.

Crear la convicción de todo esto, abatir los muros de incomprensión que hasta hoy han impedido el reconocimiento pleno, integral y universal del derecho humano a la paz es un deber de todos. Es ser consciente de las necesidades que hoy existen y que son ineludibles en la lucha integral contra la guerra y la violencia en todas sus formas.

Bibliografía

AGUIAR, Asdrúbal: *Cultura de paz y derechos humanos*, Unesco - UCAB, Caracas, 2000.

— "Perfiles éticos, normativos del derecho humano a la paz", en Héctor FIX ZAMUDIO: *Liber Amicorum*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1998, y en Boutros Boutros GHALI, *Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruxelles,1998.

ARON, R.: *Paix et guerre entre les nations*, 3ª edición, 1962.

BEALES, A. C. F.: *The History of Peace*, 1931.

BECERRA, Manuel: *El derecho a la paz y el derecho internacional del desarrollo*, Conferencia sobre la Paz, tomo I.

BEDJAOUI, Mohamed: "Quelques considerationes sur les perspectives de paix et de developpment á l'aube de l'an 2000", en Héctor GROS ESPIELL: *Amicorum Liber,* Bruylant, Bruxelles, 1997.

— "Introducción al derecho a la paz", en *Diálogo, derecho humano a la paz: Germen de un futuro posible*, n° 21, Unesco, México, 1997.

BIDART CAMPOS, Germán: "El derecho a la paz", en *Los valores de la Constitución*, revista jurídica *El Derecho*, tomo 126, Buenos Aires, 1994.

BOULDING, E.: *The Concept of Peace, Culture of Peace and Conflict Issues, After the Cold War*, Unesco, París, 1992.

BOUTHOUL, Gastón: *La paix, que sais-je?*, Presses Universitaires de France, París, 1974.

CANÇADO TRINDADE, Antônio: "El derecho a la paz y las precondiciones para la paz", en *Diálogo, derecho humano a la paz: Germen de un futuro posible*, n° 21, Unesco, México, 1997.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: "Guerra, paz y orden internacional en la 'Pacem in Terris'", en *Comentarios civiles a la encíclica "Pacem in Terris"*, Taurus, Madrid, 1963.

CASSÉSE, A. y L. JOUVE: *Pour un Droit des Peuples, La Declaration d'Alger*, Berger-Levrault, París, 1978.

DEL ARENAL, Celestino: "Paz y derechos humanos", en *Revista IIDH*, n° 5, San José de Costa Rica, enero-junio 1987.

DENKOVA, Lidia: *Genése de la Tolérance, De Platon à Benjamín Constant*, Unesco, París, 1978.

FALCÓN Y TELLA, María José: "Las generaciones de derechos y la guerra", en *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, volumen 4(2003), Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2003.

FILIBEK, Giorgio: "Le Droit de l'Homme a la Paix dans l'Enseignement de l'Eglise Catholique", en Karel VASAK, *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruselas, 1994.

GAGO GUERRERO, Pedro Francisco: "¿Se ha puesto en marcha la revolución de la paz?", en *Anuario de Derechos Humanos*, nueva época, volumen 4(2003), Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2003.

GHALI, Boutros Boutros: *Mensaje a la Consulta de Expertos Gubernamentales de la Unesco sobre el Derecho Humano a la Paz*, París, 5 a 9 de marzo de 1998, anexo IV, doc. Unesco, 154, Ex/40.

— *Agenda pour la paix*, Naciones Unidas, Nueva York, 1992.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.: "La coexistencia pacífica en la 'Pacem in Terris'", en *Comentarios civiles a la encíclica "Pacem in Terris"*, Madrid, 1963.

GRAEFRATH, B.: "Priority to the Right to Peace", en *Bulletin of the GDR Committee for Human Rights*, n° 2, Berlín, 1985.

GROS ESPIELL, Héctor: "El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana", en *Revista de Estudios Internacionales*, n° 1, Madrid, 1980; en Instituto Peruano de Derechos Humanos, *Derechos humanos,* Editorial Cuzco, Lima, 1991; "The Right of development as a Human Right", en *Texas Internacional Law Journal*, vol. 16, 1981.

— "El derecho a la paz", en *Conferencia sobre la Paz*, tomo I.

— "Derechos humanos y pacifismo", en *Jurisprudencia de Lomas de Zamora*, tomo II, Buenos Aires, 1984.

— "El derecho a la paz", en *Revista IIDH*, n° 3, San José de Costa Rica, enero-junio 1986, y en *Derechos humanos y vida internacional*, UNAM, México, 1995.

— "El derecho a la paz", en *Congreso Internacional de la Paz*, tomo I, UNAM, México, 1987.

— "Los problemas actuales de los derechos humanos", en *Estudios sobre derechos humanos*, II, IIDH - Civitas, Madrid, 1988; y en Instituto Peruano de Derechos Humanos, *Derechos humanos*, Editorial Cuzco, Lima, 1991.

— "Les Droits a Vocation Communnautaire", en Mohamed BEDJAOUI (rédacteur général), *Droit internacional, bilan et perspectives*, tomo 2, Unesco - Pedone, París, 1991.

— "La idea actual de los derechos humanos", en Instituto Peruano de Derechos Humanos, *Derechos humanos*, Editorial Cuzco, Lima, 1991.

— "El derecho a la paz y el desarrollo", en seminario "No Proliferación: puntos de vista de América Latina y el Caribe, OPANAL, México, 1995.
— "La paz y el derecho a la paz", en *Cultura de Paz*, revista trimestral, n° 5, Managua, Nicaragua, 1995.
— "La intolerancia, génesis de la violencia y atentado contra la paz y la democracia", en *Cultura de Paz*, revista trimestral, n° 6, Managua, Nicaragua, 1995.
— "La implementación internacional del derecho humano a la paz", en *Diálogo, derecho humano a la paz: génesis de un futuro posible*, n° 21, Unesco, México, 1997.

HEMLEBEN, S. J.: *Plans for World Peace Thouth Six Centuries*, 1943.

IGLESIAS, Enrique: "Paz, desarrollo y democracia", en Boutros Boutros GHALI, *Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruselas, 1998.

JOUVE, Edmund: *Le droit des peuples, que sais-je?,* Presses Universitaires de France, 1992.

JUAN PABLO II: *Discurso a la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas*, 5 de octubre de 1995, publicado por *L'Osservatore Romano* con el título "Los derechos de las naciones".
— *Mensaje para la Celebración de la Jornada Mundial de la Paz*, 1° de enero de 2004. Cada una de estas jornadas, iniciadas por Pablo VI en 1968 y continuadas en 1979 por Juan Pablo II, trata de temas fundamentales en relación con la paz, los derechos humanos, el desarrollo, la solidaridad, la justicia, la educación, el perdón y la violencia.

JUAN XXIII: *Carta encíclica "Pacem in Terris", la paz entre todos los pueblos fundada sobre la verdad, la justicia, el amor y la libertad*, Tipografía Políglota Vaticana, 1963.

KANT, E.: *La paz perpetua*, Koenisberg, 1795. Traducción española de F. Rivera Pastor, Espasa Calpe - Austral, Buenos Aires, 1946.

KELSEN, Hans: *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, 1942. Traducción de Florencio Acosta, Fondo de Cultura Económica, México, 1943.

KUTUJIÁN, G. B., y A. PAPISCA: *Rights of Peoples*, 1981.

LOPATKA, Adam: "El derecho a vivir en paz como un derecho humano", en *La protección internacional de los derechos humanos, balance y perspectivas*, UNAM, México, 1983.
— "Derecho a vivir en paz", en *La protección internacional de los derechos humanos*, UNAM, México, 1983.

MAYOR ZARAGOZA, Federico: "Le Droit des Hommes á la Paix", en *Demain est Toujours Trop Tarde*, Económica, París, 1991.
— "Cultura bélica y cultura de paz", capítulo I, en *Nueva Página*, Unesco - Círculo de Lectores, 1994.
— *El derecho humano a la paz*, Declaración del director general, Unesco, enero de 1997.

— "Derecho humano a la paz, germen de un futuro posible", en *Diálogo*, derecho humano a la paz, n° 21, Unesco, México, 1997.
— *Informe del director general sobre el derecho humano a la paz*, Unesco, Conferencia General, 29 reunión, París, 1997, doc. 29/C/59.
— *Discurso en la reunión de expertos sobre el derecho humano a la paz*, Las Palmas de Gran Canaria, 25 de febrero de 1997, Unesco, doc. DG/97/10.
— *Informe del director general sobre los resultados de la Reunión Internacional de Expertos Gubernamentales sobre el derecho humano a la paz*, Unesco, Consejo Ejecutivo, 154 reunión, París, 1998.
— "Le Droit de l'Être Humain á la Paix", en Boutros Boutros GHALI, *Amicorum Discipulorumque Liber*, Bruylant, Bruselas, 1998.
— *Discurso en la sesión inaugural de la Conferencia Internacional de Expertos Gubernamentales sobre Derecho Humano a la Paz*, Unesco, 5 de marzo de 1998.
— *Mensaje a la Consulta de Expertos Gubernamentales sobre el Derecho Humano a la Paz*, Unesco, París, 5 al 9 de marzo de 1998.
— *Informe preliminar de síntesis a las Naciones Unidas acerca de la cultura de paz*, Unesco, Consejo Ejecutivo, 154 reunión, París, 1998, doc. 154/EX/42.

MERLE, Marcel: *Droits de l´État, Droits de l´homme, Droits des Peuples, Droits des Nations?*, Profide et Justitia, Berlín, 1984.

MU, H. J.: "Peace Internacional", *Enciclopedia Británica*, volumen 17, 1963.

NASTASE, Adrian: "Le Droit á la Paix", en Mohamed BEDJAOUI (rédacteur général), *Droit Internacional, Bilan et Perspectives*, tomo 2, Unesco, Pedone, París, 1991.

PABLO VI: *Mensajes* para la celebración de las Jornadas de Paz, desde el 1° de enero de 1968 al 1° de enero de 1978.

PÉREZ DE CUELLAR, Javier: "La contribución internacional a la cultura de paz", en *Cultura de Paz*, revista trimestral, n° 5, Managua, Nicaragua, 1995.

PRERA, Anaisabel y Patrice VERMEREN: *Philosophie de la Culture de Paix*, L´Harmattan, París, 2001.

PRERA, Anaisabel: "Solidaridad y cultura de paz", en Federico MAYOR: *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruselas, 1995.

REAL TEJADA, Juan Manuel: "Una cultura para la paz", en Federico MAYOR: *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruselas, 1991.

REARDON, Betty A.: *Tolerance - The Threshold of Peace*, Unesco, París, 1997.

REDSLOB, R.: *Le probléme de la paix*, 1954.

REVES, E.: *Anatomy of Peace*, 1945.

RODRÍGUEZ ASSMAN, Bárbara: "Reflexiones jurídicas y políticas sobre el derecho a la paz", *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 55, Universidad de Costa Rica, San José, 1986.

ROLING, Bert V. A.: "Pacifism", en *Encyclopedie of Public International Law*, 4, NH, 1982, p. 71.

RUIZ MIGUEL, Alfonso: "¿Tenemos derecho a la paz?", en *Anuario de Derechos Humanos*, volumen 3, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

SALMON, J. J. A.: "Droits de peuples et droits des États", en *Réalités du Droit International Contemporain*, Reims, 1977.

SEUIN, Hans Ulrich: "Peace, Historical Movements Toward", en *Enciclopedia of Public International Law*, 4, NH, 1982, p. 78.

SKUBIZEWSKI, Krzystof: "Peace and War", en *Enciclopedia of Public Internacional Law*, 4, NH, 1982, p. 74.

THEE, Manek: *Peace by the Nobel Peace Price Laureates An Anthology*, Unesco, París, 1995.

— "Towards a Culture of Peace and on Human Rights", en *From Culture of Violence to Culture of Peace*, Unesco, París, 1996.

— "The Right of Peoples to Peace", en Karel VASAK, *Amicorum Liber*, Bruylant, Bruselas, 1999.

TOMUSCHAT, Christian: "Solidarity Rights (Developments Peace, Environment, Humanitarian Assitance)", en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, NH, 2000, p. 460.

URIBE VARGAS, Diego: *La tercera generación de derechos humanos y la paz*, Plaza y Janés, Bogotá, 1983.

— "Fundamentos del derecho humano a la paz", en *Diálogo, derecho humano a la paz: germen de un futuro posible*, n° 21, Unesco, México, 1887.

— *El derecho a la paz*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996.

— "El derecho a la paz", en ACADEMIE DE DROIT INTERNACIONAL, *Derecho internacional y derechos humanos*, sesión externa, San José, La Haya, 1996.

VAN BOVEN, T.: "The Relationship Between Peoples Rights and Human Rights", en *The African Charter, Human Rights Law Journal*, n° 7, 1986.

VASAK, Karel: "Revisiter la troisiéme génération des droits de l´homme avant leur codification", en Héctor GROS ESPIELL, *Amicorum Liber*, tomo II, Bruylant, Bruselas.

— "Pour une troisième génération des droits de l´homme", en *Studies in Honour of Jean Pictet*, Ginebra, 1984.

— "Le droit de l´homme á la paix", en *Mélanges en hommage a Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruselas, 1998.

VIDAL, Christian Manelic: "La paz, su desarrollo internacional y su concepción como derecho humano", en *Revista Derechos Humanos*, n° 2, Montevideo, 2004 (en prensa).

Víctor Bazán (Argentina) *

Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano

1. Encuadre preliminar e itinerario propuesto

En el trabajo que ponemos a consideración del lector puede distinguirse claramente una trilogía de bloques o nudos temáticos centrales: en el primero, se brindará un soporte teórico y conceptual y se fijará nuestro criterio sobre ciertas cuestiones fundamentales en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, también DESC), que marcarán el camino para el desarrollo argumental de las problemáticas que serán perfiladas en los bloques siguientes. Así, en el segundo y el tercero de ellos, se analizarán la actualidad y la prospectiva de la protección de tales derechos, respectivamente, en los planos interno argentino e interamericano, para ver de qué manera puede convertirse la *letra* de las normas constitucionales o infraconstitucionales y de los tratados internacionales en *acciones concretas* para dar cobertura tuitiva a fundamentales derechos que reclaman operativización, propósito primordial que brinda justificación y razón de ser al título principal seleccionado para designar a este ensayo.

En la línea anunciada, y en tren de especificar los contenidos por abordar, el bloque inicial estará destinado a discurrir sobre la unidad conceptual de los derechos humanos, sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales; objetar la aceptación acrítica de la tesis que escinde generacionalmente a los derechos humanos; examinar la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC y, entre otras apreciaciones, argumentar en favor de un concepto sustentable de *progresividad efectiva* de éstos.

---

* Profesor titular efectivo de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público y Comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Miembro titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro titular e integrante del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. ‹vicba2002ar@yahoo.com.ar›

Nutriéndonos de las premisas teórico-conceptuales volcadas en el bloque de apertura, en el siguiente segmento del trabajo advertiremos sobre el fuerte impacto que la reforma constitucional argentina ha provocado en el ámbito de los DESC y el consecuente estrangulamiento de las posibilidades del Estado de desentenderse de los compromisos asumidos en ese marco, lo que se acentúa con la ratificación, en el año 2003, del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo: CADH) en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado Protocolo de San Salvador. Asimismo, recorreremos los pliegues jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno de la problemática central de este estudio; y, por último, abrevando en nuestra percepción en punto a la vocación de operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales, identificaremos ciertas estrategias alternativas para lograr su concreción.

Finalmente, y antes de dar paso a las observaciones de cierre que condensarán las ideas básicas que recorren el trabajo, en el tercer bloque individualizaremos sintéticamente las articulaciones normativas referentes a los DESC en el sistema interamericano; exploraremos sucintamente las líneas procedimentales genéricas ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, órganos nucleares del esquema tuitivo de tales derechos en el continente americano; visualizaremos las diferentes vías protectorias de los DESC en el Protocolo de San Salvador y otras posibles opciones defensivas de tales derechos a partir de combinaciones interactivas de distintos instrumentos internacionales en la materia; ensayaremos un esquema taxonómico preliminar sobre las posibilidades de tutela de los DESC en la órbita interamericana, en función de los diversos niveles de compromiso trasuntados por cada Estado frente a los documentos internacionales pertinentes en ese campo; y, para concluir, daremos una rápida panorámica de la praxis de la Comisión y la Corte Interamericanas en orden a detectar ciertos incipientes estándares que vienen perfilándose para propiciar la exigibilidad —en ocasiones, indirecta— de los derechos bajo examen.

2. Primer bloque temático: Sobre la necesidad de tomar en serio los derechos económicos, sociales y culturales[1]

2.1. Visión integral de los derechos, integralidad de su protección y vocación de justiciabilidad de los DESC

Partimos de una base indiscutible: la dignidad humana es *unitaria*; razón por la cual la bifurcación de los derechos humanos en "categorías" pretendidamente diversas y estancas (derechos civiles y políticos, por una parte, y DESC, por la otra) sólo

[1] Paráfrasis de los títulos de la obra de Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, 1ª ed., 4ª reimpr., Ariel, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, 1999 (versión española de *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977) y del artículo de José Joaquim Gomes Canotilho: "Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 1, setiembre-diciembre de 1988, Madrid, pp. 239-260.

conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos.[2]

Entre las dos "categorías" de derechos, no puede existir sino complementación e interacción y no compartimentación y antinomia[3] (¿podría por ejemplo negarse la estrecha relación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud?).[4] En otras palabras, se hace aconsejable adoptar una visión sistémica de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, puesto que —como afirma Cançado Trindade— la óptica escindida de aquéllos pertenece al pasado y, como reflejo de la confrontación ideológica de otra época, se encuentra desde hace tiempo superada.[5]

Los derechos económicos, sociales y culturales *no son menos derechos* que los civiles y políticos. La necesidad de corregir la presunta *imperfección* de los DESC representa un desafío para la imaginación de los juristas, tanto al formular planteos a su respecto como al ser éstos resueltos por los órganos competentes.

Naturalmente, los DESC ostentan vocación de justiciabilidad y, como con acierto —y *mutatis mutandi*— destaca Prieto Sanchís, si la Constitución es un acuerdo integrador entre las dos filosofías que atraviesan el mundo contemporáneo (concepciones liberal y socialista de la sociedad política), entonces *ningún contenido constitucional puede quedar hasta tal punto devaluado que sea excluido de la protección de la justicia*, de lo que se sigue que los derechos sociales han de tener un núcleo intangible cuya configuración en sus dimensiones objetiva y subjetiva sólo puede corresponder finalmente al Tribunal Constitucional.[6]

---

[2] Véase, para ampliar, Víctor Bazán: "Justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Especial referencia, en el ámbito internacional, a los marcos universal y americano y en el orden interno, al argentino", Relato de la Sección Derechos Humanos: "Justiciabilidad y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Libro de Ponencias*, "XVII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional" y "XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional 'Dr. Luis María Drago'", Catamarca, 23 a 25 de octubre de 2OO3, t° 3, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca y Asociación Argentina de Derecho Internacional, pp. 1-64.

[3] Antônio A. Cançado Trindade: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 100.

[4] Al respecto, véase Virginia A. Leary: "Justiciabilidad y más allá: Procedimientos de quejas y el derecho a la salud", *La Revista*, Número Especial: "Derechos económicos, sociales y culturales y el papel de los abogados", nº 55, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1995, en esp. pp. 101-102.

[5] Cançado Trindade: o. cit. [*El derecho internacional de los*...], p. 132.

[6] Luis Prieto Sanchís: "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez (comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), México, D.F., 2001, p. 66.

En la dirección apuntada, como lo plantearan también la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos[7] (Viena, 25 de junio de 1993), cabe asumir como idea-fuerza la necesidad de realizar "un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional".[8] Indudablemente, es correcta la apreciación de Pinto en el sentido de que la señalada Declaración de Viena impulsó decididamente la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad.[9]

Convergentemente, la observación general n° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ONU)[10] —en adelante, también, Comité de DESC— pone de manifiesto que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos "grupos" de derechos (refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos) son indivisibles e interdependientes, al tiempo que "reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad".[11]

Por último, es importante tener en cuenta que la protección jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas de derechos, promesas o esperanzas, y de que converja también, y seriamente, su contrapartida jurídica: deberes auténticos que, por serlo, pueden ser activados por medio de la pretensión de tutela acogida en la sentencia.[12]

En última instancia, cabría conceder que los DESC presentan al menos algún aspecto de justiciabilidad, el que debe ser resguardado para evitar que se diluya el núcleo mínimo e inderogable del derecho en cuestión.

---

[7] A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

[8] Parte II, párr. 98 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

[9] Mónica Pinto: *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 57.

[10] Dicho Comité es el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este instrumento internacional no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados partes.

Frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la resolución n° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

[11] Nos referimos a lo sostenido en el ap. 10 *in fine* de tal O.G., bajo el epígrafe de "Justiciabilidad".

[12] Sergio García Ramírez: "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Cuestiones constitucionales*, n° 9, julio-diciembre de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., p. 131.

2. *En torno de la impertinencia de la tesis que escinde generacionalmente a los derechos humanos*

Juzgamos indispensable superar la suerte de brecha dicotómica que artificialmente se supone separa a los derechos civiles y políticos de los DESC, la que probablemente haya sido facilitada por lo que prestigiosa doctrina denomina como la "fantasía de las generaciones de derechos".[13]

Ahondando en el tema que nos ocupa, Cançado Trindade sostiene que, mientras en relación con los seres humanos se verifica la sucesión generacional, en punto a los derechos se desarrolla un proceso de acumulación, lo que le permite aseverar gráficamente que *"los seres humanos se suceden, los derechos se acumulan y se sedimentan"*[14] (realzado agregado).

Además, y como el mismo autor tuviera ocasión de expresar, desde el punto de vista de la evolución del derecho internacional en este campo, la analogía de la "sucesión generacional" de los derechos no parece ser correcta en términos históricos, ya que los progresos logrados en este sentido dentro de los derechos interno e internacional no parecieran haber sucedido *pari passu*, porque si bien en el derecho interno el reconocimiento de los derechos sociales en muchos países fue posterior al de los derechos civiles y políticos, no ocurrió lo mismo en el plano internacional, como queda demostrado por las diferentes convenciones laborales internacionales (a partir del establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo —OIT— en 1919), algunas de las cuales precedieron a la adopción de convenciones internacionales más recientes dedicadas a los derechos civiles y políticos.[15]

Sea como fuere, la percepción que intentamos rescatar es que la utilización léxica de la expresión *generaciones de derechos humanos*, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar la aludida unidad conceptual de éstos, puesto que ellos imbrican en la dignidad humana que, naturalmente, es *sólo una* también. En palabras de Cançado Trindade, "a la integridad del ser humano corresponde en definitiva la integralidad de sus derechos".[16]

Esa concepción integral de los derechos humanos late con fuerza en los Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante: PIDESC) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que claramente se reconoce que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana se desprenden o derivan *de la dignidad inherente a la*

---

[13] Así la denomina Antônio A. Cançado Trindade: "Derechos de solidaridad", en Rodolfo Cerdas Cruz y Rafael Nieto Loayza (comps.): *Estudios básicos de derechos humanos*, t° I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, p. 64.

[14] Ibídem, pp. 64-65.

[15] Antônio A. Cançado Trindade: *Para O.N.G.*, n° 8, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1993, pp. 42-43.

[16] Cançado Trindade, o. cit. [*El derecho internacional de los*...], p. 133.

persona humana (respectivos párrafos 2° de las partes preambulares de ambos instrumentos).

Para abonar nuestra líneal argumental, reenviamos a Rabossi,[17] quien se ocupa de desvirtuar la tesis de las generaciones de derechos humanos, una de cuyas críticas contra ella consiste en afirmar que la consecuencia más dañina que origina es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial, pero en realidad —aclara— no hay nada en el carácter de los derechos humanos que determine que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos sean distintas, desde que las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprovechar para tratar de mostrar que la diferencia establecida en la legislación positiva refleja una distinción conceptual profunda que el autor sintetiza diciendo que *sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos y los DESC son, en el mejor de los casos, programáticos*.

El propio Rabossi pasa a demostrar la vacuidad de este último aserto, asegurando que ni la distinción derechos negativos frente a derechos positivos, ni la de derechos estrictos frente a ideales utópicos, ni la de derechos genéricos frente a derechos específicos, logran identificar clases excluyentes de derechos, pues, en verdad, la garantía de la vigencia de un derecho humano supone siempre una política positiva del Estado al diseñar y estatuir el marco institucional y político necesario.[18]

Como resumen provisorio del asunto, creemos que, cuando menos, es factible coincidir en que la estereotipada fórmula de las *generaciones de derechos humanos* no puede ser aceptada en forma acrítica, sino que merece ser seriamente reexaminada, verificando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta.

3. Hacia un concepto sustentable de progresividad efectiva *de los DESC*

Conectado con la afirmación que cerraba el acápite anterior, puede comprobarse que la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de ellos parecieran conspirar contra la pulcritud semántica de la tesis que divide generacionalmente a los derechos humanos.

No debería soslayarse la circunstancia de que, bajo el pretexto de una escisión de aquéllos en generaciones, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales, escudándose en la mentada *progresividad* de éstos y en la falta de disponibilidad de medios mate-

---

[17] Eduardo Rabossi: "Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el *cliché*", *Lecciones y Ensayos*, nos 69-70-71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 49-50.

[18] Ibídem, p. 50.

riales para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos —civiles y políticos— no justifica la denegación de otros —económicos, sociales y culturales— (ver, v. gr., la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo [1986]).

Dado que ideológicamente concebimos a la democracia como un sistema de inclusiones, no de exclusiones,[19] y porque compartimos con Scheinin la idea de que los DESC son una parte esencial del código normativo internacional de los derechos humanos[20] (además de que así ha sido inequívocamente establecido en los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC[21]), juzgamos imprescindible que se concrete el pasaje de la *progresividad simbólica* a la *progresividad efectiva y real* de tal tipología de derechos,[22] principio de progresividad que interactúa con el de interdicción de regresividad.

En óptica convergente, los Principios de Limburgo marcan que la obligación de "lograr progresivamente […] la plena efectividad de los derechos" requiere que los Estados partes actúen con toda la rapidez posible para tal fin; añadiendo que, en ninguna circunstancia, ello será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad, sino que, por el contrario, todos los Estados partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto (párrafo 21).

Por último, y como la OG n° 3 del Comité de DESC se encargara de aclarar (en su ap. 9), la principal obligación de resultado que se refleja en el artículo 2, párrafo 1°, del Pacto es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente […] la plena efectividad" de los derechos reconocidos en aquél. Agrega que la expresión *progresiva efectividad* se usa con frecuencia para describir la intención de dicha frase, al

---

[19] Cf. Diego Valadés: *Constitución y política*, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1994, pp. 23-24.

[20] Martin Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", en Asbjørn Eide et al., *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1995; cit. en Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana: *La dimensión internacional de los derechos humanos*, BID - American University, Washington DC, 1999, p. 362.

[21] Aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por el —por entonces— recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados partes; y la cooperación internacional bajo la parte IV del Pacto.

[22] En sentido análogo, véase Rolando E. Gialdino: "Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional", *Investigaciones*, n° 2, 1999, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, p. 394.

tiempo de indicar que su concepto constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período, lo que no debe llevar a interpretar equivocadamente que priva a la obligación de todo contenido significativo, sino que, por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, y por otra, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto, en realidad su razón de ser, que es *establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*.

Ciertamente, entonces, no correspondería predicar que *progresividad de los DESC* suponga letargo, inocuidad o impunidad *sine die* para el Estado.

3. Segundo bloque temático: La cuestión en el ámbito interno argentino

3.1. Acerca del fuerte impacto de la reforma constitucional de 1994 en el plano de los derechos humanos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular

Resulta innegable el potente impacto que, al menos desde la dimensión normativa, ha producido la reforma constitucional de 1994 en el contexto de los derechos humanos.

Como algunas señales claras en tal sentido, y sin ánimo de taxatividad, pueden computarse: la ampliación del plafón de derechos explícitos (v.gr., artículos 37,[23] 41,[24] 42[25] de la Constitución Nacional [en adelante: CN]); la literalización de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data[26] (artículo 43 ibídem); el diseño de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (artículo 16[27] ibídem) con la

[23] Aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, y convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por el —por entonces— recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados partes; y la cooperación internacional bajo la parte IV del Pacto.

[24] Referido al derecho de todos los habitantes 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.

[25] Que literaliza los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.

[26] Aunque, en este último caso, sin verbalizar expresamente la denominación *hábeas data*.

[27] Norma que establece: "La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".

igualdad material (artículos constitucionales 37[28] y 75, incisos 2°,[29] 19[30] y 23[31]); y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en la órbita de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22, párrafo 2°, ibídem), que hacen que la antigua figura de la *pirámide* cuyo vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución haya devenido en una especie de *trapecio* en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante retroalimentación la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía.

Este último factor (adjudicación de valencia constitucional a los instrumentos internacionales sobre la materia mencionada[32]) a su vez ha generado no pocos (tampoco insignificantes) efectos directos y colaterales, entre los cuales pueden mencionarse, en lista no taxativa: la amplificación cuantitativa y cualitativa del repertorio de derechos implícitos y explícitos; la instauración del principio *pro homine* o *favor libertatis*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; la vigorización de la pauta que determina la imposibilidad de alegar la existencia o inexistencia de normas de derecho

---

[28] Que, en el aludido marco de programación de los derechos políticos, asegura la *igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios*, la que se garantizará por *acciones positivas* en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

[29] Relativo al régimen de coparticipación federal de impuestos entre la nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estableciendo —*inter alia*— que la distribución entre tales entes se efectuará en relación directa con las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto: será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e *igualdad de oportunidades* en todo el territorio nacional.

[30] Tramo de la norma que, *inter alia*, impone al Poder Legislativo *proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social*, al crecimiento armónico de la Nación, además de su competencia para sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales, que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, *la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*; al tiempo de expresar que también corresponde al órgano congresal dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad culturales, la libre creación y circulación de las obras de autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

[31] Segmento de la cláusula constitucional que discierne en el Congreso la competencia para *legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, además de dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia*.

[32] En lo atinente a los DESC, y más allá de ciertas referencias colaterales contenidas en otros documentos de igual rango, son recipiendarios de jerarquía constitucional los siguientes instrumentos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

interno para dejar de acatar los compromisos internacionales; y la ineludible responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de éstos.

Pero avanzando en el razonamiento, si añadimos algunos otros ingredientes a la cuestión, tales como que el aludido compacto de elementos está envuelto y recorrido por el caudal axiológico que le suministra el imperativo preambular de "afianzar la justicia";[33] que la Carta Magna entroniza un postulado trascendente de autoafirmación de su fuerza normativa (artículo 36[34]); que la atribución de tenor constitucional no se ha detenido en los instrumentos enumerados en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2°, sino que el Congreso ha ampliado *ex post* la nómina de ellos[35] y el Estado argentino ha dado nuevas señales de un compromiso explícito en la esfera de los DESC (ratificación del Protocolo de San Salvador); que el plexo de instrumentos con jerarquía constitucional (ya originaria, ya derivada) se adosa al texto y al espíritu constitucionales para conformar junto a éstos un remozado parámetro de control de constitucionalidad; ya *poco espacio queda* para consentir o tolerar violaciones en el ámbito de tal sector de derechos o para justificar omisiones en éste al calor de la pretendida falta de justiciabilidad de los DESC o de la minusvalía jurídica de éstos *vis-à-vis* los derechos civiles y políticos.

3.2. La ratificación del Protocolo de San Salvador por el Estado argentino como significativo refuerzo del compromiso asumido en materia de DESC

Indudablemente, a la clara impronta obligacional que la reforma constitucional ha impuesto sobre el Estado argentino en materia de derechos humanos en general, y de DESC en particular, viene a sumarse el hecho de que en fecha relativamente re-

---

[33] Sobre el punto, véase de Víctor Bazán, entre otros trabajos, "El imperativo preambular histórico de 'afianzar la justicia', su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia", en la obra colectiva *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, t° I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2003, pp. 303-336.

[34] Disposición encaminada a consolidar la defensa del orden constitucional.

[35] La lista primigenia plasmada en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2°, incluye —además de los cuatro instrumentos mencionados en la nota 32— a los siguientes: 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; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) posteriormente se han añadido, con idéntica alcurnia, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley n° 24.820, BO de 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la ley n° 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

ciente, en concreto el 23 de octubre de 2003, nuestro país ha procedido a depositar en Washington el instrumento de ratificación del Protocolo de San Salvador, que fuera suscripto en 1988.

Como lo recordaba el entonces secretario general de la OEA, César Gaviria, en la ceremonia de depósito del instrumento de ratificación por parte de Argentina, nuestro país se convertía en el Estado número trece en adoptar tal temperamento,[36] pues vino a seguir a Suriname (que lo hizo el 10 de julio de 1990), Panamá (el 18 de febrero de 1993), Ecuador (el 25 de marzo de 1993), Perú (el 4 de junio de 1995), El Salvador (el 6 de junio de 1995), Uruguay (el 2 de abril de 1996), México (el 16 de abril de 1996), Brasil (el 21 de agosto de 1996), Paraguay (el 3 de junio de 1997), Colombia (el 23 de diciembre de 1997), Costa Rica (el 16 de noviembre de 1999) y Guatemala (el 5 de octubre de 2000).

La falta de ratificación de tal instrumento por nuestro país, mantenida durante casi quince años (recuérdese que lo firmó el 17 de noviembre de 1988[37]), constituía una clara asignatura pendiente que se mostraba a contrapelo de la tendencia que —desde una perspectiva genérica— aquél registra en la órbita interna en torno del derecho internacional de derechos humanos: por ejemplo, y como anunciábamos, al brindar valía constitucional a una serie de tratados sobre dicha materia; mostrar en líneas generales una jurisprudencia permeable a la exigencia de cumplimiento de las obligaciones convencionales asumidas internacionalmente;[38] y adecuar su normativa interna a los lineamientos contenidos en las exhortaciones formuladas en tal sentido por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos (Comisión y Corte Interamericanas).

De más está mencionar que la ratificación del Protocolo de San Salvador supone un importante refuerzo jurídico y axiológico al plexo de derechos económicos, sociales y culturales allí contenidos, incorporando un elemento adicional a la exigibilidad y la justiciabilidad de éstos en el plano local como paso previo a una potencial articulación reclamatoria en sede transnacional.

En consecuencia, cabría esperar —por esta vía— un progreso cuantitativo y cualitativo de la labor de custodia de tales derechos por parte de los órganos competentes de control en el contexto interno, para luego, y si no se obtuviera respuesta favorable, procurar recabarla en el ámbito transnacional, que —aunque sea sobreabundante recordarlo— es de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho vernáculo, abriéndose la posibilidad de acudir a aquélla cuando la

---

[36] Fuente: ‹http://www.oas.org/speeches/speech.asp?sCodigo=03-0145›.

[37] Por su parte, el Estado argentino aprobó dicho Protocolo por medio de la ley n° 24.658 (publicada el 17 de julio de 1996).

[38] Para visualizar la línea jurisprudencial de la Corte Suprema en tal sentido, véase de Víctor Bazán: "Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional", *El Derecho* (Serie especial *Derecho Constitucional*), 20 de abril de 2004, Buenos Aires, pp. 1-16, en esp. p. 15.

cobertura tuitiva proporcionada intraestatalmente no exista, sea intrínsecamente deficitaria o simplemente fracase en el caso concreto.

3.3. Recorrido jurisprudencial ilustrativo

En orden a detectar si las normas, principios y valores vinculados con los derechos económicos, sociales y culturales reciben aplicabilidad en el sendero fáctico, conviene efectuar un breve repaso de ciertos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.[39]

Limitados por los requisitos de extensión del trabajo, hemos seleccionado sólo una trilogía de asuntos que, licencia metafórica mediante, damos en llamar "las luces y las sombras" de la praxis jurisdiccional del Alto Tribunal nacional. Las primeras están representadas por las causas *Asociación Benghalensis* y *Campodónico de Beviacqua*;[40] por su parte, las "sombras" quedan simbolizadas unitivamente en lo resuelto en el caso *Ramos*. Veamos:

3.3.1. De las luces: Asociación Benghalensis y Campodónico de Beviacqua

La calificación laudatoria de los fallos a los que se hará una breve referencia a continuación se justifica porque la Corte ha brindado en ellos un interesante postulado axiológico, haciendo operar la obligación estatal de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, a través de acciones positivas, dentro de una dimensión *razonable* de la progresividad necesaria para lograr la plena efectividad de éstos.

Así, en *Asociación Benghalensis*,[41] de 1 de junio de 2000, confirmó las sentencias de las instancias de grado que habían hecho lugar a la acción de amparo contra

---

[39] Como aclaración liminar genérica, útil para todas las referencias que se realicen a los pronunciamientos del Tribunal, debe tenerse en consideración que se han producido diversos cambios en la composición de tal órgano judiciario. Así, se concretaron las renuncias de los doctores Bossert y Nazareno, quienes fueron reemplazados, respectivamente, por los ministros Maqueda y Zaffaroni. Por último, tampoco están ya los doctores López y Moliné O'Connor. Una de tales vacantes fue cubierta por la doctora Highton de Nolasco y muy pronto se producirá la incorporación de la doctora Argibay, cuyo pliego ya fue aprobado por el Senado de la Nación.

En consecuencia, la Corte ha quedado integrada con los siguientes ministros: Petracchi (Presidente), Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco; esperándose —como se anunciaba— el próximo ingreso de la doctora Argibay para completar la nómina de nueve integrantes dispuesta legalmente.

[40] Tales precedentes se unen al elaborado en *Fallos*, 321:1684, en el que se condenó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a brindar a un menor el servicio de internación en terapia intensiva (por un período superior al establecido en el contrato por adhesión firmado con el servicio de medicina prepaga), entendiendo de aplicación el art. 20 de la Constitución porteña, que garantiza el derecho a la salud integral y determina que el gasto público en salud constituye una inversión social prioritaria.

[41] Cuya carátula responde a la siguiente individualización: A.186.XXXIV. "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986".

las omisiones del Estado nacional por incumplimiento de las obligaciones impuestas en la ley nacional n° 23.798[42] y su decreto reglamentario nacional n° 1.244/91.[43] La acción fue articulada por la Asociación Benghalensis y otras entidades no gubernamentales que despliegan actividades contra la epidemia del SIDA (Fundación Descida, Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer [FEIM], Asociación Civil Intilla, Fundación RED, Fundación CEDOSEX, Fundación Argentina pro ayuda al niño con SIDA, y Asociación Civil SIGLA), y se condenó al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— a dar acabado cumplimiento a la obligación a su cargo de asistir, tratar y —en especial— suministrar medicamentos —de modo regular, oportuno y continuo— a las personas enfermas de ese mal, registradas en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país. Además, la Corte efectuó una interpretación amplia en materia de legitimación activa; evitó que fuesen preteridos los deberes estatales en tan importante ámbito (salud pública como inversión social prioritaria) y que ellos quedaran *licuados* en una discusión (por supuesto, secundaria) acerca de la distribución competencial entre nación y provincias en el cumplimiento de las imposiciones del citado plexo normativo.

Ya en la segunda de las causas señaladas, *Campodónico de Beviacqua*,[44] dirimida el 24 de octubre de 2000, la Corte confirmó la sentencia de las instancias de mérito que habían hecho lugar al amparo articulado por la madre del niño A.S.B. (quien nació con un grave padecimiento en su médula ósea que reducía sus defensas inmunológicas y cuyo tratamiento dependía del suministro de un fármaco especial), condenando al Ministerio de Salud y Acción Social a entregar las dosis necesarias de la mencionada medicación, ya que el 2 de diciembre de 1998 el Banco de Drogas Antineoplásicas —dependiente de aquél— manifestó a los padres de la criatura que les entregaba la medicación "por última vez", circunstancia que movió a éstos a articular la aludida acción.

Creemos que la sentencia reviste gran trascendencia,[45] pues el máximo tribunal efectuó un laudable razonamiento vinculando sustanciales temas, como las obligaciones asumidas internacionalmente por nuestro país, que adquieren plusvalía a partir de la jerarquización constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos; las medidas de acción positiva que debe el Estado adoptar; un concepto funcional de progresividad en materia de DESC; y la inevadible obligación del Estado nacional de no desligarse de su deber de amparar la vida y la salud del menor,

---

[42] Publicada el 20 de setiembre de 1990.

[43] Publicado el 8 de julio de 1991.

[44] La carátula completa de la causa es: C.823.XXXV. Recurso de hecho. "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas".

[45] El criterio trasuntado en el fallo fue prácticamente unánime, siendo compartido por los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez. Mereció la solitaria disidencia del ministro Belluscio.

asegurando la continuidad del tratamiento contra la grave dolencia de éste (enfermedad de Kostman), en el marco de su responsabilidad subsidiaria y sin desembarazar al gobierno provincial en cuestión (de Córdoba) ni a las obras sociales. Todo ello condujo a operativizar jurisdiccionalmente la relevante pauta que ordena priorizar el interés superior del niño frente al desamparo asistencial en que sumía a éste la decisión de interrumpir la provisión del fármaco, con lo que se salvó preventivamente en sede judicial una suerte de inminente omisión de la autoridad pública involucrada.

Por último, en esta apretada reseña resulta también de interés recalcar que, para formar su razonamiento judicial, la Corte dejó al descubierto su significativa tendencia a considerar la opinión de los órganos de supervisión de los derechos humanos implementados por los tratados internacionales de que se trate, aunque específicamente en el particular debe recordarse que el Comité de DESC fue instituido no por el PIDESC sino por una resolución del ECOSOC.[46] En la causa brevemente colacionada la Corte tomó en cuenta la labor del mencionado Comité, aun cuando —como se ha advertido[47]— no aludió a las observaciones generales n°s 3 y 9 que constituían las fuentes interpretativas más autorizadas en relación con el punto que abordaba el fallo, sino que el Tribunal reenvió a la observación que el Comité formulara a un informe específico de Suiza,[48] aunque justo es aclarar que intentaba referir analógicamente a tal país para luego extrapolar al nuestro las indicaciones del Comité, al tratarse de naciones con algún grado de proximidad en cuanto a sus respectivas estructuras estaduales.[49]

---

[46] Véase *supra* nota 10.

[47] Víctor Abramovich y Christian Courtis: "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", *La Ley*, 2001-D, Buenos Aires, pp. 33-34.

[48] Documento que en la fuente de la que el fallo extrajo su contenido es identificado de la siguiente manera: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas), Observaciones finales al informe inicial de Suiza, en *Informe sobre los períodos de sesiones 18° y 19°* (22 de abril a 15 de mayo de 1998 y 16 de noviembre a 4 de diciembre de 1998), Naciones Unidas, Consejo Económico Social, Ginebra, 1999, n° 2, pp. 66/68, párrafos 342, 347-349, 351 y 363-362 (cf. *Investigaciones*, año iii, n° 1, 1999, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, p. 181).

Si bien es cierto que en el fallo señalado no existió referencia directa a la O.G. n° 3, sí la hubo en forma indirecta, ya que en las Observaciones finales al informe inicial de Suiza que la Corte cita, se trae a colación aquella observación general para sustentar el disenso que el Comité plantea frente a la posición de Suiza en punto a que las disposiciones del Pacto son principios y objetivos programáticos y no obligaciones jurídicas, lo que obsta a que se dé fuerza de ley a esas disposiciones (cf. *Investigaciones*, o. últ. cit., p. 180).

[49] Para construir su argumentación, la Corte puso concretamente de manifiesto que si bien el Comité ha reconocido que la estructura federal exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del PIDESC (cf. considerando 19 del voto mayoritario).

Para comprobar que la Corte pretendía extraer de tal razonamiento ideas útiles para ser extrapoladas a nuestro país, inmediatamente a continuación de aquellas apreciaciones pasó a aludir a la "cláusula federal" prevista en la CADH, que impone al gobierno nacional el cumplimiento de todas

Sea como fuere, y más allá de los restantes aspectos positivos que se señalaran precedentemente, asignamos singular importancia al hecho de que el Tribunal consolide su propensión a remitir a los criterios interpretativos expuestos por los órganos que, como el Comité de DESC, receptan competencia para desarrollar la hermenéutica autorizada de los instrumentos internacionales en juego, en el caso, del PIDESC.[50]

3.3.2. Una sombra evidente: Ramos

En contraste con los contornos elogiables que aporta el tándem de precedentes compuesto por *Asociación Benghalensis* y *Campodónico de Beviacqua*, puede también visualizarse un antecedente de la Corte que representa una "sombra" evidente en su itinerario jurisprudencial en relación con la temática de los DESC.

Nos referimos al caso *Ramos*,[51] cuyo fallo fuera emitido el 12 de marzo de 2002. En dichos autos, la demandante se presentó por derecho propio y en representación de sus ocho hijos menores dedujo acción de amparo ante la Justicia en lo Civil y Comercial Federal, contra el Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, la Provincia de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría "Profesor Juan P. Garrahan". El juez federal se declaró incompetente y remitió los autos a la Corte Suprema, la que resolvió que la causa correspondía a su jurisdicción originaria.

Básicamente, y entre otros puntos, la Sra. Ramos perseguía:

- Que el Ministerio y la Provincia mencionados respetaran los derechos que a la demandante y a sus hijos les asistían: a una alimentación sana, a la salud, a la educación y a una vivienda digna y que, como consecuencia de ello, le

---

las obligaciones relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial, y el deber de tomar "de inmediato" las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, para que las autoridades componentes del Estado federal puedan cumplir con las disposiciones de ese tratado —art. 28, incs. 1° y 2°— (véase considerando 20 de la mayoría).

[50] En la O.G. N° 9, el Comité de DESC ha sostenido que "[d]entro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, *los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos*" (ap. 14) —remarcado agregado.

En sentido afín, entendió que "[g]eneralmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, *cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última*" (ap. 15) —el énfasis no es del original.

[51] La referencia completa de la causa es: "Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo" (*Fallos*, 325:396).

suministraran "de manera concreta, efectiva, continua y mensual, una cuota alimentaria" que les permitiera satisfacer sus necesidades básicas y vivir dignamente;

- que los indicados codemandados proveyeran a sus seis hijos en edad escolar de las condiciones materiales (ropa, calzado, libros y útiles escolares y gastos de transporte) necesarias para concurrir a un establecimiento educacional;
- que todos los accionados otorgaran a su hija M.S.R. las prestaciones médicas necesarias de acuerdo con su estado de salud y se removieran los condicionamientos que habían impedido, hasta el momento de articular la acción, la plena y efectiva concreción de su derecho; y,
- ya subsidiariamente, que se declarara la invalidez constitucional de toda norma que no permitiera la concreción de la medida consistente en que se proveyera a sus seis hijos en edad escolar de las condiciones materiales necesarias para concurrir a un establecimiento educacional, como así también la inconstitucionalidad del "accionar de los demandados, por omisión, por el no cumplimiento hasta el presente" de lo peticionado en la demanda; asimismo, pedía la declaración de constitucionalidad del derecho que a los presentantes asistía a que se les suministrara una cuota alimentaria.
- Basó su demanda en la CN (artículos 18,[52] 31,[53] 33,[54] 43,[55] 75[56] y 116[57]), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la CADH, el PIDESC, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como así también en diversas normas de las leyes n°s 27,[58] 48,[59] 16.986[60] y del Código Civil.

---

[52] Precepto que, entre otras cuestiones, consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos; declara abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes.

[53] Referido a la supremacía constitucional.

[54] Acerca de los derechos implícitos.

[55] Como vinos, en torno de los procesos constitucionales de amparo, hábeas data y hábeas corpus, aunque sin literalizar la expresión *hábeas data*.

[56] Relativo a la competencia del Congreso de la Nación.

[57] Atinente a la competencia de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación.

[58] Acerca de la Organización de la Justicia Nacional (sancionada el 13 de octubre de 1862, promulgada el 16 de octubre de 1862, R.N. 1857/62, p. 496).

[59] Sobre la Jurisdicción de los Tribunales Nacionales (sancionada el 25 de agosto de 1863, promulgada el 14 de setiembre de 1863, R.N. 1863/69, p. 49).

[60] Ley regulatoria del amparo contra actos u omisiones de autoridad pública (publicada el 20 de octubre de 1966).

La Corte decidió mayoritariamente rechazar sin sustanciación la acción de amparo interpuesta. La distribución de los votos del tribunal quedó configurada de la siguiente manera:

- la mayoría se integró con los ministros Moliné O'Connor, Belluscio y López;
- concurrentemente con la mayoría lo hicieron los doctores Petracchi y Bossert, en voto conjunto; y el ministro Vázquez, por medio de un voto individual; y
- en disidencia, votaron los doctores Fayt y Boggiano.

Para intentar reconstruir intelectivamente el sentido en el que se expidieron la mayoría y la minoría de la Corte, y a partir de un corte transversal del decisorio, podría decirse que:

- La mayoría optó por rechazar sin sustanciación la acción de amparo articulada, en tanto la pretensión no reunía los recaudos necesarios para la procedencia de dicha acción y la vía intentada resultaba "manifiestamente inadmisible" (considerandos 3° y 4°), indicando a la actora que es en el ámbito de la administración de los planes asistenciales del Estado nacional y del provincial donde debía acudir, en subsidio, para tratar de subvenir su afligente situación, canalizando sus apremiantes reclamos por las vías del sistema de seguridad social (considerando 6°). Finalmente, apuntó que el desamparo que expone la actora, en el que funda su presentación, si bien revelador de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, dado que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, ni asignar discrecionalmente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del artículo 75, incisos 18[61] y 32,[62] de la CN (considerando 7°);
- por su parte, y sin perjuicio de juzgar igualmente improcedente la vía procesal seleccionada (y mocionar el rechazo sin sustanciación de la demanda), los votos concurrentes (conjunto de los doctores Petracchi y Bossert —considerando 4°—, e individual del ministro Vázquez —considerando 4°—) coincidieron en señalar a la accionante un camino alternativo, al puntualizar que la situación de ésta encuadraba *prima facie* en las previsiones de la ley n° 23.746,[63] reglamentada por el decreto n° 2.360/90,[64] que ha instituido una

[61] Que fija al Congreso la misión de proveer lo conducente a la prosperidad del país y al adelanto y el bienestar de todas las provincias.

[62] Porción de la norma que impone al Poder Legislativo hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes enumerados a lo largo del artículo constitucional 75 y todos los otros concedidos por la Constitución al Gobierno Nacional.

[63] Publicada el 24 de octubre de 1989.

[64] Publicado el 13 de noviembre de 1990.

pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen siete o más hijos, cualquiera fuese la edad y estado civil; y

- por último, la disidencia conjunta de los doctores Fayt y Boggiano se centró —a nuestro entender, acertadamente— en que si bien la situación de la actora encuadraba *prima facie* en las previsiones de la ley n° 23.746, reglamentada por el mencionado decreto, ello no era obstáculo para que se diera curso al amparo (considerando 4°), añadiendo que la existencia de ese remedio asistencial no podía ser considerada sin más y en la etapa liminar en que el proceso se encontraba, como suficiente para dar satisfacción a los derechos constitucionales en que se fundaba el reclamo, lo que imponía dar curso a la demanda de amparo (considerando 5°). Además, y coincidiendo *ab initio* con la mayoría en cuanto a que la situación de desamparo que exponía la actora revelaba un dramático cuadro social que no podía ser resuelto por la Corte, dado que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno no le está encomendado, pasa a matizar tal coincidencia preliminar sosteniendo que una comprensión de esta doctrina que negara la posibilidad de solicitar judicialmente y frente a un supuesto concreto, el efectivo reconocimiento de los derechos humanos en cuestión no podía compartirse, por cuanto en el *sub lite* no se estaban requiriendo medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que a juicio de los peticionarios darían satisfacción a sus derechos más primarios (considerando 6°).[65] Por tanto, juzgó que si bien en el estado en que el proceso se encontraba no procedía que la Corte se pronunciara sobre los alcances que cabría reconocer en la causa al derecho a la vida, la salud, la educación y la vivienda digna de los solicitantes y los deberes que en su caso pesarían en ese sentido sobre los Estados nacional y provincial, tampoco podía sin más negarse su existencia u operatividad (considerando 7°).

A modo de breve síntesis, no podemos sino disentir con la solución mayoritaria, que dispuso rechazar sin sustanciación la acción de amparo instaurada. Sin perjuicio de ello, de tal posición —a la postre triunfante— cabe al menos rescatar los votos concurrentes (conjunto de los doctores Petracchi y Bossert e individual del ministro Vázquez), que, poniendo de manifiesto una actitud judicial docente y orientadora, le señalaron a la actora una suerte de camino alternativo, al indicarle que *prima facie* su situación podría quedar encuadrada en la hipótesis que prefigura la ley n° 23.746,

---

[65] Aquí, los ministros Fayt y Boggiano intercalan una importante apreciación, al puntualizar que dar curso a la acción de amparo tendería a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados y no generar situaciones que sólo conducirían eventualmente, a interpretarlas como extremos fundantes de responsabilidades patrimoniales del Estado (considerando 6°, *in fine*).

reglamentada por el decreto n° 2.360/90, que implementó una pensión mensual, inembargable y vitalicia para las madres que tuviesen siete o más hijos, cualquiera fuese la edad y estado civil. Obviamente, no se trata de una solución de fondo para el problema, pero sí, al menos, un paliativo para la acuciante situación expuesta por la peticionante y su familia que, aunque duela decirlo, se repite en vastos estamentos de nuestro país.

Finalmente, acordamos con el criterio subyacente en la disidencia de los doctores Fayt y Boggiano, ya que, al tiempo de indicar a la interesada la posibilidad de solicitar la prestación diseñada por la mencionada ley n° 23.746, dejó en claro que la existencia de tal remedio asistencial no podía ser considerada, en la etapa liminar del proceso, como suficiente para satisfacer los derechos constitucionales invocados por la impetrante, postulando la adopción de una especie de solución transaccional que ni supusiera que en dicho estado inicial del juicio la Corte se pronunciara sobre los alcances que en el caso cabría adjudicar a los derechos alegados, pero que tampoco se negara sin más a éstos su existencia u operatividad.

3.4. Breve recapitulación de las pautas subyacentes en el segundo nudo temático y anotaciones adicionales acerca de ciertas estrategias alternativas para cautelar los DESC

De todo lo expuesto, surge con inocultable claridad el gravitante impacto de la reforma constitucional argentina de 1994 en el campo de los derechos humanos en general y, ya en particular, en el de los DESC, sector de derechos en el que ha quedado incuestionablemente reforzado el nivel de compromiso estatal a partir de la ratificación del Protocolo de San Salvador.

Correlativamente, y como se anunciaba, se ha reducido el espacio para consentir o tolerar violaciones en el ámbito de los DESC o para justificar omisiones de los poderes públicos a su respecto al abrigo de una pretendida falta de justiciabilidad de aquéllos o de su hiposuficiencia jurídica frente a los derechos civiles y políticos.

Naturalmente, en tales menesteres quedan vinculados todos los órganos en que se dividen las funciones estatales: ejecutivo, legislativo y judicial; sin perjuicio de lo cual, en última instancia, adquiere particular relevancia la tarea de la magistratura judicial, que en definitiva asume el rol de garante final de los derechos de los habitantes.

Por lo demás, lo ideal sería que el Estado *previera y evitara* posibles incumplimientos de sus obligaciones contraídas internacionalmente en la esfera de los DESC, pero si igualmente aquéllos acaecieran, los remedios nacionales darían ocasión de repararlos localmente antes de que se articulen en su contra las instancias transnacionales que pueden conducir a la determinación de su responsabilidad internacional.

Del examen del repertorio de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se desprende la conveniencia de profundizar la percepción jurisdiccional plasmada en *Asociación Benghalensis* y *Campodónico de Beviacqua*, no así la óptica

reduccionista patentizada en *Ramos*, dando apertura procesal a la discusión y el análisis de pretensiones que persigan la viabilización de los DESC en un marco sustentable de *progresividad efectiva* y que den lugar a soluciones judiciales razonables que armonicen equilibradamente las pautas en juego: los recursos económicos del Estado, las posibilidades jurídicas y materiales de acción de la judicatura y la convergencia de legítimos derechos que ostentan vocación de exigibilidad.

Como anotación adicional, y más allá de las posibilidades de reclamación con enfoque directo en los DESC que pudieran intentarse, frente a potenciales actitudes díscolas, renuentes o prejuiciosas que nieguen o desconozcan suficientes dosis de exigibilidad judicial a tales derechos, no deja de ser conveniente tener presentes determinadas estrategias alternativas para articularlos procesalmente vinculándolos con los derechos civiles y políticos o para servirse de éstos en aras de lograr una cobertura tuitiva indirecta, por ejemplo —y sin intención de taxatividad—, alegar violaciones a los principios de *igualdad* (acciones u omisiones discriminatorias) o de *debido proceso* (v. gr., demoras irrazonables en la tramitación procesal, afectaciones de la defensa en juicio), a los que sintéticamente aludiremos a continuación.

Respecto del primero de ellos, y como anunciábamos, uno de los avances que ha experimentado la Constitución argentina al influjo de su última reforma (al menos desde la dimensión normológica), enraíza en el diseño de un nuevo paradigma del *principio de igualdad*, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* con la *igualdad material*. En otras palabras, como *igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato*, por mencionar una fórmula léxica aglutinante y sintetizadora del sesgo que el constituyente reformador de 1994 inoculó al torrente constitucional.

No parece sobreabundante recordar que la operativización no eufemística de la señalada premisa requiere del Estado que *actúe* equiparando situaciones de irrazonable desigualdad, paliando arbitrarias discriminaciones, previniendo o corrigiendo infundadas disparidades (por caso, mediante la generación de políticas de discriminación inversa para beneficiar a los grupos o personas tradicionalmente desaventajados) y que, en tren de satisfacer tan trascendente objetivo, y en el contexto genérico de las *medidas de acción positiva* requeridas, quedan decididamente vinculadas las sentencias judiciales como garantía de observancia de la Constitución y significativo reaseguro en el sentido de que no se tolerará el incumplimiento, por acción u omisión, de las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar internacionalmente los tratados sobre derechos humanos.

Y precisamente ligado a la problemática de la igualdad, no cabe olvidar que una estrategia de exigibilidad judicial de los DESC radica en la *prohibición de discriminación* por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. Sobre el punto, y al solo efecto ejemplificativo, cabe computar en nuestro país la existencia de una

normativa genérica antidiscriminatoria: la ley nacional n° 23.592,[66] que sanciona civil y penalmente los actos y omisiones de ese carácter, reputándose tales aquéllos basados precisamente en los motivos citados (artículo 1, párrafo 2°), aunque —creemos— esa enunciación de posibles causas discriminatorias no es taxativa.[67] Como prescripción general de cobertura protectoria, el párrafo 1° del artículo 1 de tal normativa dispone: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".

Para concluir, y ya acerca del *debido proceso*, es imposible soslayar que la exigencia de respetarlo adecuadamente se entroniza como un pilar estratégico para viabilizar la protección de los DESC,[68] por ejemplo, en el supuesto de excesos rituales manifiestos, de dilaciones indebidas en la tramitación de casos[69] sobre derechos previsionales viéndose ocluida la posibilidad de arribar a una sentencia útil y fundada[70] y de menoscabos infligidos a la garantía de defensa en juicio.[71]

---

[66] Publicada el 5 de setiembre de 1988.

[67] *Mutatis mutandi*, cabe recordar que los Principios de Limburgo establecen precisamente que los motivos de discriminación mencionados en el art. 2.2 del PIDESC no son exhaustivos (párrafo 36).

Tales motivos de discriminación son: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[68] La cuestión se aprecia con nitidez cuando se ventilan derechos de naturaleza alimentaria (salarios o indemnizaciones por despidos o accidentes laborales; reajustes previsionales; etc.), aunque ello en modo alguno debe llevar a suponer que quedan excluidas hipótesis en las que entran en juego otros derechos económicos, sociales y culturales fundamentales.

[69] Desde antiguo la Corte Suprema argentina tiene decidido que "una tramitación dilatoria es lo más parecido a una denegación de justicia y no se compadece con la garantía de la defensa en juicio" (*Fallos*, 244:34; 264:87; 249:399; 250:390; 265:147).

[70] Por ejemplo, pretensiones encaminadas a lograr la movilidad de los haberes jubilatorios, una simetría proporcional entre las percepciones de los trabajadores activos y los que se encuentran en pasividad, etc. (cf. art. 14 *bis* de la CN; también, vinculados genéricamente con el derecho a la seguridad social, v. gr.: arts. 22 y 25.1 de la DUDH; XVI de la DADDH; 9 del PIDESC; y 9 del Protocolo de San Salvador).

[71] No debe perderse de vista que, como sostuviera la Corte nacional en numerosos pronunciamientos, "la garantía constitucional de la defensa en juicio y el debido proceso no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional; así lo exige, por lo demás, el propósito de 'afianzar la justicia' enunciado en el preámbulo de la Constitución Nacional" (*Fallos*, 298:312; 300:1102; 302:299; 311:1644; 315:1779, voto del doctor Fayt).

4. Tercer bloque temático: La problemática de los DESC en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

4.1. Referencias normativas

Básicamente, los ejes sustanciales de la protección de los DESC en el ámbito interamericano se centran en el papel de la Comisión y la Corte Interamericanas y la interpretación dinámico-evolutiva e interrelacionada del contenido normativo de la DADDH, de 1948; de la CADH, de 1969; de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), de 1948; y del Protocolo de San Salvador, que *infra* será objeto de tratamiento particularizado.

Para comenzar, cabe recordar que la DADDH volcó en un instrumento único previsiones relativas a derechos civiles y políticos y a derechos económicos, sociales y culturales. Precisamente en relación con estos últimos, lo hizo en los artículos VI y VII, además del continuo normativo que se extiende entre los artículos XI a XVI.

Dicha declaración ostenta un prominente valor jurídico; por cierto, no meramente simbólico. Tan así es que la propia Corte Interamericana llegara a puntualizar que, "a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, […]".[72] Sin olvidar, claro está, que también manifestó que para los Estados miembros de la OEA, "la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta".[73]

Por su parte, puede comprobarse que la CADH sólo contiene un precepto específico, paralelamente a una indicación tangencial, sobre los DESC. Se trata del artículo 26 que, bajo el epígrafe de *desarrollo progresivo*, dispone que los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto en el 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 los artículos 29 a 50 de la Carta de la OEA, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Fuera del artículo 26 de la CADH, la restante norma a la que aludíamos es el artículo 42, ibídem, que dispone: "Los Estados Partes deben remitir a la Comisión

---

[72] OC-10/89, de 14 de julio de 1989: "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", Serie "A": Fallos y Opiniones, n° 10, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1990, párrafo 43, p. 24.

[73] Ibídem, párrafo 45, p. 25.

copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquélla vele por que se promuevan los derechos derivados 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".

Ciertamente, y como se pone de manifiesto en el párrafo final del Preámbulo de la CADH, fue en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) donde se aprobó la incorporación a la Carta de la OEA de dichas normas amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales, de las cuales entre los artículos 29 a 42 se extendían las cláusulas económicas, en los artículos 43 y 44 estaban contenidas las sociales y, por último, del artículo 45 al 50 se encontraba el continuo de preceptos sobre educación, ciencia y cultura. Conviene aclarar que, actualmente,[74] en el capítulo 7 de la primera parte de la Carta, las disposiciones sobre el particular han sido aglutinadas bajo el rótulo de "Desarrollo integral", desplegándose desde el artículo 30 al 52.

4.2. Observaciones genéricas sobre las pautas procedimentales básicas ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos

A modo de presentación genérica del dispositivo protectorio de los derechos humanos en el contexto americano, vemos que la Convención, en su artículo 44, establece un sistema de denuncias que pueden formular personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la OEA (*derecho de petición individual*), como así también los Estados partes que hayan reconocido la competencia de la Comisión a esos efectos (*comunicaciones estatales*).

Para la admisión de estas *comunicaciones estatales* se requiere —además de la declaración expresa del Estado denunciado aceptando la competencia de la Comisión para que reciba comunicaciones de otros Estados— que el Estado denunciante también haya aceptado la competencia de la Comisión para tramitar comunicaciones que otros Estados puedan presentar en su contra[75] (artículo 45, apartados 1 y 2 de la CADH); en otras palabras, el procedimiento de comunicaciones estatales sólo es viable entre Estados que puedan denunciarse recíprocamente ante la Comisión.[76] Esto

---

[74] Aludimos a la Carta de la OEA con las reformas introducidas por los Protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena de Indias (1985), Washington (1992) y Managua (1993).

[75] Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, p. 177.

[76] Ibídem.

marca una clara diferencia con el *derecho de petición individual*, para cuya tramitación la Comisión se encuentra automáticamente habilitada, esto es, de pleno derecho, por la sola circunstancia de que el Estado denunciado haya ratificado la CADH.

Respecto de las *comunicaciones estatales*, es preciso destacar —con Faúndez Ledesma— que una vez cumplidos los requisitos mencionados en la primera parte del párrafo anterior (aceptación por el denunciante y el denunciado de la competencia de la Comisión y posibilidad de denuncia recíproca entre ellos), el Estado denunciante no tiene que demostrar ningún "interés especial" para legitimar su intervención en el caso, a diferencia de lo que ocurre en otras instancias internacionales.[77]

Simplificando al máximo la descripción del sistema, una vez abastecidos los requisitos y condiciones de admisibilidad de las peticiones o comunicaciones (artículo 46 de la Convención) y luego de la tramitación procedimental correspondiente, la Comisión debe adoptar una decisión sobre el asunto de que se trate, fundando sus conclusiones y formulando recomendaciones al Estado denunciado; decisión cuyos alcance y naturaleza variarán según si el denunciado es o no parte de la CADH. En el supuesto de que lo sea, la Comisión o el propio Estado involucrado podrán remitir la cuestión a la Corte Interamericana, siempre que el Estado denunciado haya aceptado la competencia obligatoria de dicho Tribunal (cf. artículos 50, 51, 61, 62 y ccds. de la CADH), dando así comienzo en el marco de éste el procedimiento contencioso (artículos 63, 66 a 69 y ccds., ibídem).

4.3. El Protocolo de San Salvador y otros instrumentos protectorios en el modelo interamericano

Delineadas escuetamente las líneas procedimentales básicas que deben discurrir las denuncias y las comunicaciones ante la Comisión (y la posibilidad de que aquéllas sean sometidas a la Corte), cabe ahora reiterar desde otro ángulo que en 1988 la OEA aprobó el mencionado Protocolo de San Salvador, que entró en vigor en fecha 16 de noviembre de 1999.

Tal Protocolo diseña un sistema de *informes periódicos de los Estados partes* acerca de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el Protocolo (artículo 19.1) y, cuando se trata de violaciones a la libertad sindical (artículo 8.1.*a*) o al derecho a la educación (artículo 13), su artículo 19.6 autoriza a que, mediante la participación de la Comisión y en su caso de la Corte, se aplique el sistema de *peticiones individuales* regulado en los artículos 44 a 51[78] y 61 a 69[79] de la CADH, lo que marca un cierto plus en relación

[77] Ibídem, pp. 177-178.

[78] Sucesión de normas que pauta la recepción y la tramitación por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de peticiones que contengan denuncias individuales o comunicaciones estatales por violación de la CADH.

[79] Continuo de cláusulas relativas a la competencia y las funciones de la Corte IDH.

con el modelo de tramitación ante el Comité de DESC de la ONU, que no admite —al menos por ahora[80]— las comunicaciones individuales o de grupos y se concentra en la presentación de "informes periódicos" por los Estados.

Asimismo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19.6, el artículo 19.7 del Protocolo faculta a la Comisión a formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los DESC establecidos en el Protocolo, en todos o en algunos de los Estados partes, pudiendo incluirlas en el informe anual a la Asamblea General o en un informe especial, según lo considere más apropiado.

Urquilla Bonilla ha dicho que el Protocolo no llena ningún vacío en el sistema interamericano y sólo genera alguna confusión en cuanto a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los órganos de protección del sistema, al habilitar expresamente la competencia de la Comisión y la Corte para conocer de la violación a los artículos 8.1.*a* y 13 del citado Protocolo, impidiendo que dicha competencia se extienda hacia los restantes artículos (cf. nombrado artículo 19.6 del Protocolo).[81]

Sin embargo, el autor que seguimos matiza su crítica percepción inicial al poner de manifiesto que una adecuada interpretación del efecto procesal del Protocolo en cuanto a la protección de los artículos 8.1.*a* y 13 indica que ahora, para la protección de los derechos allí contemplados, como litigante ante los órganos del sistema, se cuenta con dos vías de protección: la *inmediat*a y la *mediata*.[82] La primera sería invocar ante la Comisión la violación de cualquiera de esos dos artículos, y que ella haga lo propio ante la Corte; la segunda supondría alegar ante la Comisión la violación de los derechos genéricamente reconocidos en el artículo 26 de la Convención, aludiendo en específico a la alteración del derecho contemplado en el artículo 45.*c* de la Carta de la OEA, sólo para poner un ejemplo, y que ésta razonara de igual modo ante la Corte Interamericana.[83]

Más adelante, sostiene que no puede olvidarse que el artículo 26 de la Convención, por ser una disposición que reconoce DESC, de un modo genérico, está sujeta a las normas de interpretación del artículo 29, ibídem, y por lo tanto, en su interpreta-

---

[80] La aclaración adquiere sentido toda vez que ya desde comienzos de la década de los noventa del siglo pasado, durante el sexto período de sesiones del Comité —véase E/1992/23, párrafos 360-366—, se viene debatiendo oficialmente en este órgano la necesidad de aprobar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para implementar el mecanismo de reclamaciones individuales o de grupos que venga a complementar el sistema de informes que constituye el núcleo básico del funcionamiento del Comité.

[81] Carlos Rafael Urquilla Bonilla: "Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n°s 30-31, Edición especial: "Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2001, p. 267.

[82] Ibídem.

[83] Ibídem, pp. 267-268.

ción y posterior aplicación, no se puede excluir a los derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29.*c* de la Convención), y tampoco se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la DADDH y otros actos internacionales de la misma naturaleza (artículo 29.*d* de la Convención).[84] Añade que los DESC, por ser derechos humanos, son inherentes a todos los seres humanos, sin discriminación alguna; asimismo, la DADDH contiene referencias específicas a derechos económicos, sociales y culturales; vale decir que, si se autoriza la interpretación de la Convención sobre la base del efecto que pueda producir la Declaración Americana y cualquier otro acto internacional de la misma naturaleza, se debe permitir, *a fortiori*, su interpretación también sobre la base de actos internacionales de indiscutible naturaleza vinculante, como las normas del Protocolo de San Salvador. Según tal autor, en ello radica el verdadero valor del Protocolo, ya que ahora el artículo 26 de la CADH se puede interpretar y complementar por tres vías: la Declaración Americana, las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (hoy "Desarrollo integral") de la Carta de la OEA, y las normas sustantivas del Protocolo de San Salvador.[85]

Termina aseverando que desde el punto de vista de la competencia de los órganos del sistema, existe la posibilidad *ratione materiæ* de que tanto la Comisión como la Corte se pronuncien en asuntos contenciosos por violación de DESC, toda vez que la pretensión procesal se configure, en su sustrato jurídico, mediante la invocación del artículo 26 de la Convención (*como causa genérica*) y los artículos correspondientes de la Declaración Americana, la Carta de la OEA o el Protocolo de San Salvador (como *motivo específico*).[86]

Es ciertamente interesante reseñar la visión de García Ramírez, para quien, no obstante el Protocolo sólo prevé explícitamente la justiciabilidad ante la Corte de las violaciones a los artículos 8.1.*a* y 13, cabe reflexionar sobre determinadas hipótesis en las que pudiera plantearse un pronunciamiento sobre temas recogidos en otros preceptos, exclusivamente cuando lo haga ineludible o indispensable la conexión lógica entre aquéllos y éstos.[87] Desde tal perspectiva, y luego de expresar que el Protocolo contiene obligaciones generales para la adopción de medidas (artículos 1 y 2), asimilables a los deberes del mismo signo que instaura la CADH, señala que tales obligaciones pueden ser proyectadas hacia o contempladas desde los diversos derechos consagrados en el Protocolo, exactamente como sucede en la operación de la Convención y, así, bajo la lente que suministran los artículos 8 y 13, entiende que difícilmente la Corte podría ignorar aquellas obligaciones generales.[88] Finalmente,

---

[84] Ibídem, p. 268.
[85] Ibídem.
[86] Ibídem.
[87] García Ramírez: o. cit., p. 143.
[88] Ibídem.

precisa que el Tribunal podría entrar al conocimiento de casos de discriminación —prohibida por el artículo 3—, si ella se aplicara en puntos concernientes a la libertad sindical o a los derechos vinculados con la educación, lo que también ocurriría con la regla de interpretación que rechaza las restricciones de derechos reconocidos en la legislación interna o en convenciones internacionales bajo el pretexto de que el Protocolo no los reconoce o lo hace en menor grado (artículo 4); por último, acota que la Corte podría pronunciarse sobre restricciones o limitaciones indebidas adoptadas por medio de actos calificados como leyes, tema que aborda el artículo 5 del Protocolo.[89]

Desde otro perfil, y recurriendo a un dialogismo, frente a la eventual pregunta de si existe alguna alternativa de vincular jurisdiccionalmente por violación a los DESC a un Estado que hubiese firmado aunque no ratificado el Protocolo de San Salvador, responderíamos afirmativamente.

En efecto, si el artículo 26 de la CADH remite a la preceptiva correspondiente de la Carta de la OEA sobre DESC; si esta normativa de la organización regional americana no se puede interpretar y aplicar en la órbita de los derechos humanos, sin integrar sus normas pertinentes con las correspondientes disposiciones de la DADDH, que contiene y define los derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere y para los Estados miembros de la OEA es el texto que precisamente determina cuáles son esos derechos humanos consagrados en la Carta (cf. OC n° 10/89 de la Corte); si la Declaración contiene cláusulas relativas a DESC; si la CADH en su artículo 29, inciso *d*, establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la DADDH y otros actos internacionales de la misma naturaleza; si el artículo 42 de la CADH asigna a la Comisión la tarea de velar por la promoción de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la OEA; por todo ello, no parece irrazonable conjeturar que *un Estado que no haya ratificado (aunque sí firmado) el Protocolo de San Salvador podría eventualmente y en ciertos supuestos ser denunciado en este campo ante la Comisión Interamericana (y potencialmente demandado ante la Corte)*, cuyo reglamento actual establece claramente en su artículo 23 que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar ante ella peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, atinentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la DADDH y la CADH, *inter alia*.

---

[89] Ibídem, pp. 143-144.

4.4. Síntesis preliminar de las posibilidades de tutela de los DESC en el contexto interamericano

Presentadas las pautas y los lineamientos precedentes, parece de interés elaborar una síntesis esquemática y primaria de las posibilidades de protección de los DESC en el ámbito interamericano.

Al respecto, podría perfilarse una clasificación tripartita de situaciones en las que quedarían ubicados respectivamente los Estados (como sujetos pasivos de denuncias individuales), según su nivel de ratificación o de compromiso con los diversos instrumentos pertinentes en la materia. Así, en orden decreciente de intensidad del ligamen obligacional, tendríamos:

a) En un primer plano se encuentran aquellos Estados que son parte de la CADH, han aceptado la competencia de la Corte y han ratificado el Protocolo de San Salvador, los que quedarían vinculados por las normas de la DADDH (artículos VI y VII, además del complejo normativo que discurre entre los artículos XI a XVII); la CADH (artículos 26 y 42); la normativa pertinente de la Carta de la OEA (artículos 29 a 50) y el Protocolo de San Salvador. Tales Estados estarán sometidos, por ende, a la obligación de presentar informes periódicos y podrán, en su caso, ser denunciados ante la Comisión de acuerdo con lo establecido por el artículo 19.6 del Protocolo, siempre que se trate de la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1.*a* y 13, pudiendo *suo tempore* ser demandados ante la Corte. Fuera de estas dos hipótesis, también podrían ser objeto de denuncia ante la Comisión en función de las restantes normas de la DADDH, la CADH y la Carta de la OEA e incluso podría la Comisión utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables a la luz de los artículos 26 y 29 de la Convención.[90] Sea como fuere, entonces, los Estados denunciados quedarán sometidos a la posibilidad de que la Comisión plantee, a su tiempo, el asunto a la Corte.
b) En un segundo nivel se ubican aquellos Estados que son parte de la CADH y han aceptado la competencia del Tribunal interamericano pero no han ratificado el Protocolo. En tal supuesto, se daría la alternativa mencionada en el párrafo final del precedente subapartado (a), esto es, ser denunciados ante la Comisión en función de las cláusulas pertinentes de la DADDH, la CADH y

[90] Esta hipótesis fue planteada por la propia Comisión al resolver si receptaba competencia *ratione materiae* para establecer de manera autónoma violaciones al artículo 10 del Protocolo a través del sistema de peticiones individuales. Si bien respondió negativamente a la procedencia autónoma de una competencia de tal índole, dejó abierta la posibilidad de utilizar el Protocolo en la interpretación de otras disposiciones aplicables, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 26 y 29 de la CADH (informe n° 29/01, caso 12.249, "Jorge Odir Miranda Cortez y otros c/ El Salvador", de 7 de marzo de 2001 —admisibilidad—, párrafo 36, caso que *infra* será brevemente colacionado).

la Carta de la OEA, pudiendo resultar demandados ante el Tribunal Interamericano.[91]

c) En un tercer orden se presentan aquellos Estados que son miembros de la OEA pero no partes en la CADH y, naturalmente, tampoco han reconocido la competencia de la Corte. En ese supuesto, quedarían expuestos a ser denunciados ante la Comisión sobre la base de la normativa correspondiente de la DADDH (y, suponemos, también de la Carta de la OEA), excitándose la competencia de la Comisión al influjo de los artículos 20 de su Estatuto y 49 de su Reglamento. Sería de aplicación el procedimiento establecido en los artículos 28 a 43 y 45 a 47 de la preceptiva reglamentaria, lo que supone el agotamiento de la cuestión en el marco de la Comisión[92] ante la imposibilidad de someter el asunto a la Corte.

4.5. Breve recorrido por la praxis de la Comisión y la Corte Interamericanas en materia de DESC

4.5.1. Pórtico

La visualización de la labor de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos exhibe de qué manera va abriéndose paso una práctica que, de consolidarse, permitirá ensanchar las probabilidades de alegabilidad de los DESC en el contexto interamericano, ya que se vislumbran signos que denotan —*inter alia*—: la interpretación de los derechos civiles y políticos en "clave social"; el empleo de derechos *puente* o *conectores* entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; el descubrimiento de facetas *sociales* de algunos derechos civiles y políticos; y la *reconducción social* del derecho individual a obtener ciertas reparaciones de índole patrimonial. A continuación, ofrecemos un sucinto señalamiento al respecto en el tándem de entes de supervisión del sistema:

---

[91] *Ad eventum*, debe recordarse que para los Estados que habiendo firmado el Protocolo aún no lo han ratificado, permanece vigente —al menos— la obligación de no regresividad.

[92] De acuerdo con el art. 45 del Reglamento de la Comisión, si dentro del plazo de tres meses a partir de la transmisión del informe preliminar (al que refiere el artículo 43.2, ibídem) el asunto no ha sido solucionado, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos, un informe definitivo que contenga su opinión y las conclusiones finales y recomendaciones (artículo 45.1, ibídem). Tal informe será transmitido a las partes, quienes presentarán, en el plazo fijado por la Comisión, la información sobre el cumplimiento de las recomendaciones (artículo 45.2, ibídem), debiendo aquélla evaluar el cumplimiento de éstas con base en la información disponible, para decidir —por mayoría absoluta de votos de sus miembros— sobre la publicación del informe definitivo. Asimismo, resolverá sobre su inclusión en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA o su publicación en cualquier otro medio que considere apropiado (artículo 45.3, ibídem).

4.5.2. En la Comisión Interamericana

La tendencia mencionada en el párrafo inmediatamente anterior se hace perceptible en los casos *Milton García Fajardo y otros c/ Nicaragua* (sobre el fondo), de 11 de octubre de 2001, donde por vez primera aquel órgano encontró violación del artículo 26 de la CADH; y *Jorge Odir Miranda Cortez y otros c/ El Salvador* (admisibilidad), de 7 de marzo de 2001, en el que precisamente declaró admisible una denuncia por falta de provisión de medicamentos a pacientes portadores del virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/Sida), y aunque aún no exista decisión final sobre el particular, no deja de ser importante que sí se haya receptado la petición que se interna en el radio de cobertura de derechos básicos que entroncan directamente con la dignidad humana.

4.5.3. En la Corte Interamericana

A su tiempo, si bien la Corte no ha tenido ocasión de interpretar y aplicar directa y específicamente las normas del Protocolo de San Salvador al conformar su jurisprudencia contenciosa, sí ha realizado análisis interesantes al amparo de la CADH y, aunque con mayor frecuencia se ha concentrado en derechos vinculados con la tutela de la vida, la integridad, la libertad y el acceso a la justicia, ha comenzado a examinar derechos de otro tenor (libertad de pensamiento y religión) e incluso ha incursionado en ámbitos donde entran en juego derechos de contenido económico, social o cultural o bien proyecciones de tal carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos.[93]

Así, en resoluciones relativamente recientes, el Tribunal ha interpretado ciertos derechos civiles y políticos en "clave social"[94] o utilizando derechos *conectores* o *puentes* entre los civiles y políticos y los DESC. Por ejemplo, en *Villagrán Morales y otros* (caso de los "niños de la calle") *c/ Guatemala* —fondo—, de 19 de noviembre de 1999, donde coloca al lado del derecho a la vida, estricta o tradicionalmente, *un derecho que se relaciona con la calidad de la vida*[95] y, al aludir al artículo 19 de la CADH, justamente activa uno de los trascendentes *conectores* entre la mencionada Convención y el Protocolo de San Salvador o, como afirma García Ramírez, entre los derechos civiles y los derechos sociales, ejemplo de la proximidad e incluso identidad entre ellos.[96] En *Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores c/ Panamá)* —fondo—, de 2 de febrero de 2001, enfocó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la corresponden-

---

[93] Cf. García Ramírez: o. cit., p. 150.
[94] Cf. Urquilla Bonilla: o. cit., p. 277.
[95] García Ramírez: o. cit., p. 151.
[96] Ibídem.

cia normativa entre los artículos 16, incisos 2° y 3°, de la CADH y 8.3. del Protocolo de San Salvador.

En otro precedente, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (cuya sentencia fue emitida en fecha 31 de agosto de 2001), la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno del derecho indígena,[97] por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así el Tribunal en determinadas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya abordada en otros asuntos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el artículo 21 de la CADH*.[98]

Ya en *Cinco pensionistas c/ Perú* (fondo), de 28 de febrero de 2003, ingresó en *algunas de las proyecciones económicas y sociales del derecho a la vida*, al entender disminuida la "calidad de vida" de los pensionistas, en tanto les fueron reducidas sustancial y arbitrariamente sus pensiones y se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor, motivos que llevaron a la Corte a estimar la viabilidad de la reparación del daño inmaterial que se les había ocasionado.

Antes de dar paso a las consideraciones que cerrarán el presente trabajo, corresponde advertir que, en lo que respecta a reparaciones, la Corte ha construido, *progresivamente*, una interpretación fecunda a partir del escueto artículo 63.1[99] de la CADH, plasmando la "reconducción social del derecho individual a obtener determinadas reparaciones de orden patrimonial, cuya fuente se halla en derechos materiales o inmateriales. Se trata, en otros términos, de la proyección o transición de un derecho individual a la reparación, que se transforma en un derecho de alcance social volcado sobre servicios comunitarios precisamente en el sector sobre el que se despliegan los derechos económicos, sociales y culturales".[100] Lo expuesto puede verificarse en sendas sentencias sobre reparaciones recaídas en los casos *Aloeboetoe y otros contra la República de Suriname* (de 10 de septiembre de 1993) y en el ya citado *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*.

---

[97] Sobre la problemática indígena, véase Víctor Bazán, por ejemplo en "Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la cuestión. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVI, n° 108, septiembre-diciembre 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., pp. 759-838; "De 'indios' a 'pueblos indígenas'; de la 'asimilación' al 'pluralismo cultural'", en *Constitución de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, t° 1, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, pp. 171-210.

[98] García Ramírez: o. cit., p. 153.

[99] Que dispone que, cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la CADH, "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".

[100] García Ramírez: o. cit., p. 155.

5. Epílogo

1. En este trabajo hemos mantenido que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y que, de ninguna manera, media separación antinómica.

En tal sentido, la utilización léxica de la expresión *generaciones de derechos humanos*, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también *unitaria*. De ello se sigue —en palabras de García Ramírez— que, planteado el *carácter integral de los derechos*, corresponde afrontar igualmente el *carácter integral de su protección*.[101]

Al ser unitaria la dignidad humana, la bifurcación de los derechos humanos en "categorías" pretendidamente diversas y estancas, sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

No es un secreto que los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace en la tesis de las *generaciones de derechos humanos*, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos[102] en la dimensión fáctica.

Al menos, podríamos convenir en que tal estereotipada fórmula no puede ser aceptada acríticamente, sino que, como alternativa de "mínima", debe ser repensada, verificando si, en definitiva, es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación discursiva arbitraria.[103]

Prestigiosa visión autoral formula serias objeciones a la tesis de la escisión generacional de los derechos. En efecto, y sólo por citar algunos ejemplos, Cançado Trindade alude a la "fantasía de las generaciones de derechos";[104] Rabossi destaca que la consecuencia más dañina que tal doctrina genera es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo o una distinción esencial;[105] por su parte, y entre otros cuestionamientos, Pinto enfatiza que la elección de la variable en que se sustenta dicha tesis es "caprichosa"[106] y que la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia

---

[101] Ibídem, p. 131.

[102] Cf. Antônio A. Cançado Trindade, en el prólogo a la citada obra de Mónica Pinto: *Temas de derechos humanos*, p. II.

[103] Rabossi: o. cit., pp. 41 y ss., *passim*.

[104] Así la denomina Cançado Trindade: o. cit. ["Derechos de solidaridad"], p. 64.

[105] Rabossi: o. cit., pp. 49-50.

[106] Pinto: o. cit. p. 56.

y la indivisibilidad de los derechos humanos se ve muy "contrariada" con la fórmula de las generaciones de derechos.[107]

2. Desde otro perfil, y como acertadamente afirma Bidart Campos, el derecho internacional de los derechos humanos *coadyuva* a tonificar la fuerza normativa de la Constitución con y por obra de una fuente heterónoma que auspicia, con carácter mínimo y subsidiario, conferir *completitud* al sistema interno de derechos y poner en movimiento una *retroalimentación* constante entre él y el derecho internacional;[108] añadiendo que un derecho internacional imbuido de *personalismo humanista* ostenta finalidad equivalente a la del constitucionalismo democrático, tanto en lo atinente al sistema de derechos cuanto en lo vinculado a la organización del poder estatal[109] (énfasis del original).

En esa lógica, resulta inocultable el gravitante impacto de la reforma constitucional de 1994 en el campo de los derechos humanos en general y, ya en particular, en el de los DESC.

Es que la dotación de jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos; la instauración del principio *pro homine* o *favor libertatis*; el añadido de una vertiente sustancial, complementaria de la formal, al principio de igualdad, que viene a intensificar el ingrediente de constitucionalismo social que compone la variada textura ideológica de nuestra Norma Básica; la necesidad de su aseguramiento a través de acciones positivas; y la inexcusable implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, incluidos obviamente los magistrados judiciales, forman un compacto de factores envueltos y recorridos por el caudal axiológico que les suministra el imperativo preambular de "afianzar la justicia", todo lo que fortalece la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC, compromete al Estado argentino y lo impele a volcar todos los esfuerzos y recursos posibles en el cabal cumplimiento de las exigencias internacionales asumidas en tal ámbito. Pero además, a tal núcleo obligacional se le ha añadido un irrefutable soporte adicional a partir de la ratificación del Protocolo de San Salvador.

Un escenario de semejante magnitud en punto al sustancial compromiso adquirido por el Estado en la materia esparce una clara señal hacia los órganos del poder constituido, los cuales quedan vinculados por la fuerza normativa de la Constitución, su supremacía y la de los tratados internacionales con jerarquía homóloga a la de la Ley Fundamental.

Fuera y más allá de la vinculatoriedad genérica que en cuanto al respeto por los DESC alcanza a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, es innegable que la actividad de este último adquiere singular importancia desde que, como *mutatis mu-*

---

[107] Ibídem, p. 57.

[108] Germán J. Bidart Campos: *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 468.

[109] Ibídem, p. 469.

tandi afirma Méndez, una obligación internacional puede cumplirse de varias maneras y por vía de diversos poderes del Estado, siéndole indiferente al derecho internacional que se lo haga por vía administrativa, legislativa o judicial, sin perjuicio de lo cual —agrega—, "ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como porque es al estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno".[110]

Es también relevante la intervención del poder judicial porque su actuación —al fallar en hipótesis de incumplimiento o transgresión de los DESC— produce un doble efecto: *directo*, dirimiendo y dando solución a los casos concretos en los que entren en juego tales derechos; e *indirecto*, pues como *mutatis mutandi* se ha acotado, es interesante que las sentencias obtenidas puedan encaramarse como importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente por medio de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria.[111]

3. La evaluación de la praxis judicial de la Corte Suprema de Justicia argentina en la materia aconseja la profundización del criterio jurisdiccional de fondo evidenciado en *Asociación Benghalensis* y *Campodónico de Beviacqua*, no así el de *Ramos*, permitiendo la discusión procesal y el análisis de pretensiones que persigan la viabilización de los DESC en un marco sustentable de *progresividad efectiva* y que generen soluciones judiciales razonables, que logren compatibilizar armónica y equilibradamente las posibilidades económicas del Estado, el radio de acción de la magistratura y la existencia de legítimos derechos que reclaman operativización jurídica.

Es indudable, como explica Osuna Patiño, que los DESC buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos su titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir.[112]

---

[110] Juan E. Méndez: "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 532.

[111] Víctor Abramovich y Christian Courtis: "Los derechos sociales como derechos exigibles", *Hechos y derechos* [Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos], vol. 7, Ministerio del Interior, Buenos Aires, 2000, p. 26.

[112] Néstor Osuna Patiño: "El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial", *Revista Derecho del Estado*, n° 14, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, junio de 2003, p. 95.

4. Se impone la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, como paso previo a la articulación de los resortes transnacionales, dado que la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de la nacional.

En otras palabras, y al son de lo dicho, lo ideal sería que el Estado *previera y evitara* posibles incumplimientos, pero si éstos igualmente se configuraran, los remedios nacionales darían a aquél ocasión de repararlos localmente antes de que se activen en su contra las instancias transnacionales.

5. En la búsqueda de técnicas alternativas que propicien la exigibilidad judicial de los DESC no es irrazonable servirse, ejemplificativamente, de los principios de igualdad y de debido proceso.

Al respecto, se aprecia que el carácter universal de los derechos humanos conduce a la igualdad, cuyo corolario es la no discriminación.[113] Y, precisamente, una importante estrategia de exigibilidad judicial de los DESC estriba en la prohibición de discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos; enumeración no taxativa y, por tanto, de textura abierta.

Otra de las alternativas dirigidas a operativizar la protección de los DESC radica en la exigencia del respeto por el debido proceso (algunas de cuyas irradiaciones están ordenadas a evitar demoras irrazonables en los litigios, cercenamientos de la defensa en juicio, etc.), para cuyo abastecimiento es dable exigir complementariamente una actitud no reduccionista en punto a la legitimación, entendida ésta como llave de acceso a la jurisdicción, desechando posiciones excesivamente formalistas que impongan arbitrarias cortapisas a la apertura procesal.

6. La visualización de la labor de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos exhibe de qué manera va abriéndose paso una incipiente práctica que, de consolidarse, permitirá ensanchar las probabilidades de alegabilidad de los DESC en el contexto interamericano, ya que, básicamente en el Tribunal con sede en Costa Rica, se vislumbran determinados signos que denotan —*inter alia*—: la interpretación de los derechos civiles y políticos en "clave social"; el empleo de derechos *puente* o *conectores* entre los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; el descubrimiento de ciertas facetas *sociales* de algunos derechos civiles y políticos; y la *reconducción social* del derecho individual a obtener reparaciones de índole patrimonial.

Para afianzar y acrecentar tal incipiente tendencia aperturista, y más allá de las opciones específicas que brinda el Protocolo de San Salvador, los peticionarios deberán formular planteos creativos y animarse a explorar nuevos caminos argumentales ante la Comisión, como vía de acceso al sistema. Así, y en tren de compendiar las posibles estrategias de exigibilidad ante ella, pueden ubicarse ejemplificativamente

---

[113] Pinto: o. cit., p. 13.

las siguientes:[114] enfocar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales en función de la protección de los civiles y políticos, por ejemplo, planteando el derecho a no ser discriminado en relación con los DESC; focalizar la consagración de éstos como límite al ejercicio de los derechos civiles y políticos; invocar el derecho a la protección judicial y la cláusula del debido proceso como medio alternativo de protección de los DESC; y alegar la obligación de no regresividad de los Estados en la materia.

7. Desde nuestra perspectiva, si el artículo 26 de la CADH remite a la normativa correspondiente de la Carta de la OEA sobre DESC; si dicha preceptiva de la Carta no se puede interpretar y aplicar en la órbita de los derechos humanos, sin integrar sus normas pertinentes con las correspondientes disposiciones de la DADDH, que contiene y define los derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere y para los Estados Miembros de la OEA es el texto que precisamente determina cuáles son esos derechos humanos consagrados en la Carta; si la Declaración contiene cláusulas relativas a los DESC; si la CADH en su artículo 29, inciso *d*, establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la mencionada Declaración y otros actos internacionales de la misma naturaleza; si el artículo 42 de la CADH asigna a la Comisión la tarea de velar por la promoción de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidos en la Carta de la OEA; por todo ello, puede razonablemente conjeturarse que *un Estado que no haya ratificado (aunque sí firmado) el Protocolo de San Salvador podría eventualmente y en ciertos casos ser denunciado en este campo ante la Comisión Interamericana y potencialmente demandado ante la Corte*.

8. Es decididamente rescatable el protagonismo que, al menos en el registro discursivo, se adjudica desde las máximas esferas de conducción de la Comisión Interamericana a la problemática de los DESC y a la necesidad de lograr su efectiva protección, precisando que tales cuestiones (conjuntamente con la necesidad de asegurar la vigencia del Estado de Derecho en algunos países) *constituyen los nuevos desafíos principales para fortalecer el sistema interamericano, como mecanismo fundamental en orden a dar respuesta a las crecientes necesidades de la región en esta materia*.[115]

---

[114] Cf. Eugenia Contarini et. al.: "Argentina", en *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, San José de Costa Rica, 1999, p. 135.

[115] La importancia central de los DESC y la búsqueda de efectividad de éstos como objeto de los desvelos de la Comisión, fueron puestas de manifiesto por su presidente al inaugurar en Washington, DC, en febrero de 2004, el 119º período ordinario de sesiones de tal órgano.

A riesgo de ser reiterativos, vale recordar que en tal discurso —entre otros puntos— se puso de manifiesto que: "Partiendo de un análisis de la situación actual de los derechos humanos en el Hemisferio y de las diversas formas de fortalecer el sistema interamericano como mecanismo fundamental para dar respuesta a las crecientes necesidades de la región en esta materia, la Comisión Interamericana

Si tales preocupaciones tienen finalmente concreción empírica, será dable aguardar un progreso cuantitativo y cualitativo de la tarea tutelar de los DESC por la Comisión, que como lógico correlato provocará alguna irradiación hacia la Corte; todo lo que, en definitiva, podría redundar en un ensanchamiento del espectro de conductos hacia la exigibilidad de tales derechos en el plano interamericano.

9. En un marco genérico de discusión, para concluir y a modo de mensaje envolvente de los diversos rubros temáticos perfilados en este trabajo, creemos que es imposible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión transnacional en el respectivo cumplimiento de sus funciones: *los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana*,[116] sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Aprehender tal premisa configuraría un buen punto de partida para superar preconceptos, abandonar concepciones que ven en los DESC ciertos "defectos congénitos" que obstan a catalogarlos como verdaderos "derechos" o a adjudicarles algún "valor jurídico",[117] y dejar de lado percepciones que, al mantener que los DESC no generan obligaciones estatales correlativas, preconizan la "irresponsabilidad" del Estado en caso de incumplimiento de normas nacionales o internacionales que los reconozcan. Como contrapartida, creemos que tales esfuerzos deberán canalizarse constructivamente y, al superar relativismos y escepticismos, convertirse en aportes para crear, modular y repensar técnicas de realización, vías de maximización o mecanismos de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales que coadyuven definitivamente a *ponerlos en acción*.

---

ha iniciado un proceso de reflexión. En años anteriores, se ha referido un análisis de los diversos problemas de derechos humanos, políticos y prácticos en el Hemisferio, reconociendo fortalezas y desafíos pendientes. *Desde nuestra historia de trabajo en materia de derechos humanos, reconocemos hoy nuevos desafíos, entre los que se cuentan principalmente la vigencia del Estado de Derecho en nuestros países y la protección efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*" —énfasis añadido— (Fuente: ‹http://www.cidh.org/discursos/02.23.04sp.htm›).

[116] Instituto de Derecho Internacional, Resolución sobre "La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados", adoptada en la sesión de Santiago de Compostela, el 13 de setiembre de 1989; aludida por Juan Antonio Carrillo Salcedo en el Prólogo a la obra de Antônio A. Cançado Trindade: *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2001, pp. 11-12.

[117] Véase al respecto, la respuesta que a tales objeciones brinda Christian Courtis: "Los derechos sociales como derechos", en AA.VV.: *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 198 y ss.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares (Guatemala) *

Los derechos humanos en el derecho interno y en los tratados internacionales. Su protección por la jurisdicción constitucional guatemalteca

1. Los derechos humanos en el derecho interno

Los derechos fundamentales de la persona han sido incorporados en las Constituciones que han regido al Estado guatemalteco desde que surgió a la vida independiente en 1821. Esta incorporación se aprecia en dos direcciones: la primera, cuando da a conocer el carácter abierto de los catálogos y declaraciones individuales que contienen esos derechos, incluidos la protección a la vida y a la integridad personal, la libertad, el asilo, la prohibición de discriminaciones y torturas; y la segunda, cuando constitucionaliza los derechos sociales: educación, familia, seguridad social, salud y asistencia y trabajo.

En los textos constitucionales, a partir de 1945 se incorporó un catálogo, bastante desarrollado para la época, de derechos fundamentales; tanto derechos civiles y políticos, como derechos sociales, bajo la nomenclatura de garantías individuales y sociales (1945 y 1956) y garantías constitucionales (1965).[1]

Tales Constituciones agruparon los derechos fundamentales en tres apartados: en el primero se consagran los derechos de libertad o derechos individuales, hoy conocidos como derechos civiles, que tienden a proteger la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad, la dignidad y la integridad física, psíquica y moral del ser humano; el segundo está compuesto por los derechos políticos o de participación política, por

---

* Abogada y notaria. Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, 1988-1994. Magistrada de la Corte de Constitucionalidad, 1995-2000. Consultora permanente del Departamento Sociopolítico de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES). ‹ccolmenares@asies.org.gt›.

[1] La expresión *garantías constitucionales,* utilizada en estas Constituciones, expresa las diferentes especies o categorías de derechos y libertades fundamentales, debido a que el término *garantía* no sólo se refería a la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales, sino también a los recursos o procedimientos que deberían garantizar o hacer posible el disfrute y respeto efectivo de esos derechos.

medio de los cuales se reconoce y garantiza la facultad que corresponde a los ciudadanos de participar en los asuntos públicos y en la estructuración política del Estado, mediante el sufragio; el tercero, conformado por una fórmula genérica de derechos sociales, incluyó el derecho a la protección y asistencia para la familia, las madres, menores y ancianos, a la educación, la salud, seguridad y asistencia social, al trabajo, y a un nivel de vida adecuado.

La Constitución Política de 1985, vigente en la actualidad, posee un contenido altamente humanista y un pleno reconocimiento de los derechos inherentes a la persona. En su preámbulo afirma:

> [...] la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, reconocimiento a la familia como génesis primaria y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y al Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz [...] decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego al derecho.

A pesar de que el preámbulo no constituye una norma positiva de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad consideró:

> El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental. Tiene una gran significación en orden a las motivaciones constituyentes, pero en sí no contiene una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre el alcance de un precepto constitucional […] (Expediente 12-86, *Gaceta Jurisprudencial*, n° 1).

La Constitución de l985 amplió el catálogo de derechos y superó la utilización del término garantía. Así, al título II lo denominó "Derechos humanos" y lo subdividió en varios capítulos; el capítulo I comprende los *derechos individuales,* artículos 3 al 46 (derecho a la vida, libertad e igualdad, libertad de acción, locomoción, asociación, emisión del pensamiento, religión, reunión y manifestación, industria, comercio y trabajo, libre acceso a los tribunales y dependencias del Estado, inviolabilidad de la vivienda, correspondencia, documentos y libros, y derechos de petición y de asilo).

Se regula también en este capítulo lo relativo a la detención legal y los derechos del detenido, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y publicidad del proceso, la irretroactividad de las leyes y el principio de legalidad en materia penal, así como lo referente a las normas mínimas que deben regir el sistema penitenciario, la reeducación de los reclusos y la inimputabilidad de los menores de 18 años.

En cuanto a la aplicación de la pena de muerte, regulada dentro de este capítulo, en el artículo 18, se indica que no podrá imponerse: a) con fundamento en presunciones; b) a las mujeres, a mayores de 60 años, a los reos de delitos políticos y comunes conexos con los políticos ni a reos cuya extradición haya sido concedida bajo esa

condición. Agrega la citada disposición legal que, contra la sentencia que la imponga, serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación. *Y que el Congreso de la República podrá abolir la pena de muerte*.[2]

Dentro de este capítulo se introducen dos normas de especial importancia: 1) que los derechos y garantías otorgados por la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana (artículo 44), y 2) establece el principio de la preeminencia del derecho internacional de los tratados y convenciones aceptados y ratificados en materia de derechos humanos sobre el derecho interno, artículo 46 (véase el apartado 3).

El capítulo II regula los *derechos sociales*, que subdivide en secciones: *primera,* protección a la familia, menores, ancianos y minusválidos (artículos 47 al 56); *segunda*, derecho a la cultura e identidad cultural, protección al patrimonio cultural, al arte, folklore y artesanías tradicionales (artículos 57 al 65); *tercera,* protección a grupos étnicos, entre los que figuran grupos indígenas de ascendencia maya, tierras y cooperativas agrícolas indígenas (artículos 66 al 69).

La Corte de Constitucionalidad interpreta el artículo 66 en la opinión consultiva emitida a solicitud del Congreso de la República, antes de aprobar el convenio 169 de la OIT, a saber:

> El Estado de Guatemala debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, cuyo fin es mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de elementos que los definen y, a la vez, los hacen recocerse como tales […] (Expediente 199-95, *Gaceta Jurisprudencial*, 37).

En el artículo 70 de esta sección se indica que una ley regulará lo relativo a las comunidades indígenas. A la fecha, esa ley aún no sido emitida.

El derecho a la educación está regulado en las secciones *cuarta y quinta:* disposiciones relativas a la obligatoriedad del Estado a impartir educación primaria y básica en forma gratuita; al sistema educativo y la enseñanza bilingüe (idiomas mayas y español) en las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena; a la enseñanza agropecuaria, al magisterio y la alfabetización. También refiere a la educación superior estatal, la autonomía de la Universidad de San Carlos de Guatemala, el funcionamiento de las universidades privadas, la creación del Consejo de la Enseñanza Privada Superior, y regula la colegiación de los profesionales universitarios como obligatoria (artículos 71 a 90).

---

[2] El espíritu de los constituyentes que elaboraron la Constitución Política de 1985 era el de facilitar la futura abolición de la pena de muerte. Por ello y porque esta disposición está comprendida dentro del capítulo I, título II, que regula lo referente a los derechos individuales, se dispuso dar potestad al Congreso de la República para abolir la pena de muerte sin seguir el procedimiento especial de reforma contenido en la propia Constitución, mediante convocatoria por el Tribunal Supremo Electoral a la Asamblea Nacional Constituyente, con el voto afirmativo de las 2/3 partes de los diputados que integran el Congreso de la República.

La sección *sexta* trata sobre el derecho a la educación física y al deporte, y la autonomía del deporte federado (artículos 91 y 92).

La salud, seguridad y asistencia social están reguladas en la sección *séptima*; el goce de la salud se reconoce como un derecho fundamental del ser humano y, como obligación del Estado, las acciones de prevención, recuperación y rehabilitación a fin de procurar el más completo bienestar físico y mental. Se regula además el control de los productos alimenticios y farmacéuticos. También lo relativo al medio ambiente y al equilibrio ecológico, y lo referente al régimen de seguridad social (artículos 93 a 100).

La sección *octava* establece el derecho al trabajo, afirma que el régimen laboral del país debe organizarse conforme a los principios de justicia social, enuncia los derechos sociales mínimos de la legislación laboral y la tutelaridad de las leyes de trabajo, los derechos de huelga y paro, y la irrenunciabilidad de los derechos laborales (artículos 101 a 106). La sección *novena* estipula el régimen de los trabajadores del Estado (artículos 107 a 117).

El capítulo III comprende los *derechos y deberes cívicos:* servir y defender a la patria, cumplir y velar por que se cumpla la Constitución, obedecer las leyes, guardar respeto a las autoridades y prestar servicio militar y social. Y los *derechos y deberes y políticos*: elegir y ser electo, optar a cargos públicos, velar por la efectividad del sufragio y del proceso electoral, defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la presidencia de la República, y el derecho de petición en materia electoral (artículos 135 a 137).

2. Procedimiento para la aprobación de instrumentos internacionales

La Constitución Política de la República de Guatemala, de 1985, como la mayoría de Constituciones latinoamericanas, faculta para aprobar tratados, convenios o cualquier arreglo internacional al Congreso de la República (artículo 171, inciso I) con mayoría simple (mitad más uno) del total de diputados, siempre y cuando:

a) afecten leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos;
b) afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito sudamericano;
c) obliguen financieramente al Estado, en proporción que exceda al uno por ciento del presupuesto de ingresos ordinarios o cuando el monto de la obligación sea indeterminado;
d) constituyan compromiso para someter cualquier asunto a decisión judicial o arbitraje internacionales;

e) contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional.

Adicionalmente, el artículo 172 señala que para aprobar antes de su ratificación tratados, convenios o cualquier arreglo internacional, es necesario que:

a) se refieran al paso de ejércitos extranjeros por el territorio nacional o al establecimiento temporal de las bases militares extranjeras; y
b) afecten o puedan afectar la seguridad del Estado o pongan fin a un estado de guerra.

La aprobación requerirá mayoría calificada (2/3 partes) del total de diputados.

En cuanto a las relaciones con otros Estados, el artículo 149 de la Constitución establece:

> [...] Guatemala normará sus relaciones con otros Estados de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos.

Con relación al alcance de esta disposición constitucional cabe citar la opinión consultiva emitida por la Corte de Constitucionalidad, a solicitud del presidente de la República:

> Esta Corte estima que las disposiciones convencionales de derecho internacional deben interpretarse conforme a los principios *pacta sunt servanda* y de buena fe, por lo que, salvo una confrontación abierta con el texto constitucional interno, su intelección deberá hacerse del modo que más armonice con la finalidad del instrumento que las contiene [...] (Expediente 482-98, *Gaceta Jurisprudencial*, 59).

Es preciso notar que en Guatemala la celebración o ratificación de un tratado puede estar sujeta a control previo de constitucionalidad, tal y como lo prevé el inciso *e* del artículo 272 de la Constitución; esta posibilidad permite que la Corte de Constitucionalidad pueda pronunciarse al respecto. Los organismos del Estado, previa aprobación o ratificación de un tratado, deberían solicitar opinión consultiva a dicho Tribunal, tal como sucedió en el caso del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la OIT.

Como se deduce de las disposiciones constitucionales mencionadas, la aprobación de instrumentos internacionales corresponde al Congreso de la República, con mayoría simple en unos casos y con mayoría calificada en otros. Ahora bien, con respecto a tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos, dado que la Constitución vigente no manifiesta que deban someterse a régimen especial, bastará aplicar lo señalado por el artículo 171, inciso I, y aprobarlos con mayoría simple.

Cabe citar un fallo reciente de la Corte de Constitucionalidad, que declaró la inconstitucionalidad del decreto 50-2002 del Congreso de la República, debido a que fue aprobado mediante el procedimiento de adhesión el Convenio Relativo a la Pro-

tección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya).

El fundamento de la acción de inconstitucionalidad planteada fue el siguiente: la Constitución faculta al presidente de la República a *celebrar*, *ratificar* y *denunciar* tratados y convenios internacionales de conformidad con la Constitución, pero no lo faculta para *adherirse* a ellos. Por lo tanto, el Congreso de la República no podía aprobar un acto (de *adhesión*) no previsto constitucionalmente.

La Corte, cuando declaró inconstitucional el decreto del Congreso 50-2002, argumentó que el procedimiento de *adhesión* no está previsto constitucionalmente como atribución del presidente de la República. También señaló que, aunque éste está previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuando Guatemala la suscribió hizo reserva expresa en cuanto a que no se obligaría sino únicamente en los términos establecidos en su Constitución Política, la que no prevé la *adhesión*.

El fallo fue cuestionado por el magistrado Rodolfo Rohrmoser, quien, en voto razonado, consideró que, de conformidad con el artículo 149 de la Constitución Política y el derecho internacional (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), el Estado de Guatemala sí tiene facultad para obligarse a partir del procedimiento de *adhesión*. Asimismo, la reserva establecida por Guatemala cuando suscribió la Convención de Viena determina que la firma o rúbrica de un tratado por parte de su representante deberá entenderse que es siempre ad referéndum, sujeta en uno y otro caso a confirmación por parte de su gobierno.

Este fallo ocasionó una serie de comentarios negativos de los medios de comunicación y de connotados constitucionalistas. Al revisar el fallo se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. La resolución *no afecta otros instrumentos internacionales* a los que Guatemala se hubiera adherido, luego de ser aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el presidente de la República. Todos los otros instrumentos internacionales que se encuentren en esa situación *conservan su validez y eficacia*.
2. La reciente resolución de la Corte de Constitucionalidad *no crea un precedente*. Es decir que si mañana otra persona plantea una acción para que se declare inconstitucional un instrumento internacional aprobado y ratificado luego de una adhesión, no necesariamente la Corte debe decidir en el mismo sentido en que lo ha hecho con respecto al Convenio de La Haya.
3. El Congreso de la República, por urgencia nacional, con el voto de más de los 2/3 de sus miembros, corrigió uno de los considerandos del decreto 50-2002 que, erróneamente, indicaba que el gobierno de la República había suscrito el Convenio de La Haya.
4. Esa expresión parlamentaria revela la existencia de una férrea voluntad política de mantener vigentes las disposiciones del Convenio de La Haya en el Estado guatemalteco, lo que puede aprovecharse mediante la aprobación de

una iniciativa de ley de adopciones congruente con los postulados del convenio indicado. De esta manera se podría recuperar el camino del respeto a los derechos de la niñez.

Es necesario que este precedente negativo dictado por la Corte respecto a la aprobación de tratados internacionales, ante una interpretación antojadiza sobre lo que debe entenderse por el procedimiento de *adhesión*, sea corregido en corto plazo y prevalezca el criterio del magistrado Rohrmoser.

Respecto al procedimiento a seguir para la aprobación de tratados o convenciones establecidos para someter al Estado a jurisdicción internacional o supranacional o a competencias a organismos supranacionales, la Carta Magna guatemalteca establece en el numeral 5 del inciso I, del artículo 171, ya mencionado, que *el presidente de la República tiene la obligación de someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional que "contengan cláusula general de arbitraje o de sometimiento a jurisdicción internacional"*.

Es oportuno citar un fallo de la Corte de Constitucionalidad relacionado con el expediente 483-98, *Gaceta Jurisprudencial* 53) relativo a una acción de inconstitucionalidad del acuerdo gubernativo 123-87, donde el presidente de la República reconoce como obligatoria, de pleno derecho y sin convención especial, por plazo indefinido y carácter general, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El accionante aduce que la emisión de ese acuerdo infringió el artículo 203 de la Constitución, relativo a la independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar.

> 2. La Convención fue aprobada por el Congreso de la República mediante el decreto 6-78 de 30 de marzo de 1978, disponiendo, en el artículo 2°, que "En el instrumento de ratificación deberán incluirse, previo su estudio, las reservas que tiendan a salvaguardar el régimen de legalidad del país y que se estimen por el Organismo Ejecutivo".
>
> El instrumento de ratificación está contenido en el documento de 27 de abril de 1978 del Presidente de la República, con el refrendo del Ministro de Relaciones Exteriores, en el que expresa que "El Gobierno de la República de Guatemala ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, haciendo reserva sobre el artículo 4, inciso 4, de la misma, ya que la Constitución de la República de Guatemala, en su artículo 54, solamente excluye de la aplicación de la pena de muerte, a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos."
>
> Fue bajo la vigencia de la actual Carta Magna que el Presidente emitió dos Acuerdos Gubernativos: el 261-86 de 20 de mayo de 1986, que, basado en el Decreto 6-78 del Congreso y en el artículo 183, literales e) y o) de la Constitución, retiró la reserva de Guatemala al artículo 4, inciso 4, de la Convención; y el 123-87, de 20 de febrero de 1987 mil, que, con idéntico fundamento legal, declaró reconocer como obligatoria de pleno derecho, sin convención especial, por tiempo indefinido y con carácter general, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...]
>
> Con relación al vicio material [...] el accionante dice: "En efecto, el artículo constitucional 203 de nuestra Carta Fundamental establece —entre otros— principios que, para el caso que nos ocupa, puedo sintetizar en la forma siguiente: a) la función juris-

> diccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca; b) que, en consecuencia, ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia; de manera que mal hizo el ejecutivo en tomar decisiones que la afectaban sin contar para ello con la autorización expresa del Congreso de la República; y c) que los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes."
>
> Sin hacer análisis alguno, por las razones consideradas, sobre los fundamentos facultativos citados por el Presidente para emitir el Acuerdo impugnado, se ve que dicha norma la emitió el citado funcionario, invocando las funciones que le confiere el artículo 183, literales e) y o) de la Constitución, y el artículo 2° del Decreto número 6-78 del Congreso para declarar el reconocimiento del Estado a la competencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, agregándose que la aceptación se hace por tiempo indefinido, con carácter general, bajo condición de reciprocidad y con reserva de aceptarla para los casos acaecidos con posterioridad a la fecha en que la declaración sea presentada en la Secretaría de la Organización de Estados Americanos.
>
> Al someter al análisis pertinente el fondo de la disposición atacada con lo preceptuado en el artículo 203 constitucional, esta Corte no aprecia que se dé la infracción alegada por el accionante, por cuanto el sometimiento al tribunal internacional aludido es a un órgano de igual naturaleza previsto en la Convención, de la que Guatemala forma parte, desde luego que tal posibilidad quedó prevista en el artículo 171, letra L, número 5, de la Constitución, que guarda congruencia con las normas de conducta que, en la esfera de sus relaciones internacionales, prescribe para el Estado el artículo 149 relativo las relaciones internacionales [...].

La importancia de este fallo de la Corte, a pesar de que la acción de inconstitucionalidad fue declarada sin lugar, radica en afirmar que el sometimiento a un tribunal internacional, en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue una decisión tomada por el organismo ejecutivo basado en los artículos 183 inciso *o* de la Constitución de 1985 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero regula la facultad del presidente de la República para dirigir la política exterior, celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución, y el segundo se refiere a la forma en que los Estados parte pueden aceptar la competencia de la Corte.

El presidente de la República, en este caso, optó por aceptar la competencia de la Corte por declaración especial. Ésta consiste en un acto jurídico unilateral, simple e instantáneo que no debe ser sometido a ratificación y, por tanto, no requiere aprobación del Congreso; recalca que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución, el Estado no puede oponer su legislación interna para cumplir obligaciones internacionales válidamente contraídas.

3. Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos

La existencia del derecho internacional de los derechos humanos hace surgir dos problemas: el primero relativo a la independencia o interconexión entre este nue-

vo derecho y el derecho interno de los países, y el segundo relacionado con su aplicación en el ámbito interno. Superado el primero, es decir, la dicotomía *monismo-dualismo,* debido a la solución que los Estados han dado a la validez de los tratados internacionales de derechos humanos, queda el segundo problema aún polémico, complejo y de gran actualidad: su aplicación en el ámbito interno.

Para conocer cómo enfoca este problema la legislación guatemalteca, es necesario referirse a cuatro normas constitucionales que reafirman el valor supremo de los derechos humanos en el contexto nacional: las dos primeras relativas a los derechos humanos en general (artículos 44 y 46) y las dos siguientes (artículos 102 literal *t* y 106) a los derechos sociales, específicamente al derecho de trabajo.

El primero de ellos, el artículo 44, prevé en la primera parte:

> Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana […].

Como se puede apreciar, la Constitución está inspirada en principios que tienden a proteger cada vez más al ser humano, facilita la vigencia de todos aquellos instrumentos tendentes a lograr este mismo fin, abre el campo al desarrollo de los derechos humanos, que pone en evidencia su carácter evolutivo y no estático, así como el alto grado de universalización del derecho internacional de los derechos humanos.

La inclusión de este artículo es importantísima, ya que posibilita dar categoría constitucional a todas aquellas disposiciones que involucren protección a los derechos humanos, debido a que es una materia regulada dentro de la misma Constitución. Asimismo, establece la nulidad *ipso jure* que afectaría a todas aquellas normas que, en lugar de ampliar los derechos establecidos en la Constitución, tiendan a disminuirlos.

Esta norma constitucional no hace distinción en cuanto al orden jurídico interno u orden jurídico internacional, por lo que el establecimiento de los nuevos derechos o bien la superación de los ya reconocidos puede provenir de cualquiera de estos dos órdenes.

Respecto al artículo 46 constitucional, bajo el epígrafe de "Preeminencia del derecho internacional",

> Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Este precepto se ha convertido en el más polémico de la actual normativa constitucional, por las implicaciones que su aplicación ha tenido para el país. Algunos constitucionalistas han considerado que Guatemala aceptó, con esa norma, la supraconstitucionalización de los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos. La tesis se apoya en que la expresión "derecho interno" comprende a la misma Constitución de la República.

Ha correspondido a la Corte de Constitucionalidad, como supremo intérprete de la Constitución, aportar los elementos necesarios para formar concepto sobre el sentido que debe darse a tal disposición. La Corte, a lo largo de sus casi dieciocho años de existencia ha expresado en varios fallos, y en una opinión consultiva, los siguientes criterios:

> [...] esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio de hermenéutica de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto.
>
> En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino —en consonancia con el articulo 2 de la Convención— por la del primer párrafo del 44 constitucional [...] El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución (artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política). Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga [...] (expediente n° 280-90, *Gaceta Jurisprudencial* 18).

En esta primera cita (expediente 280-90), la Corte fija una posición cuando señala que, si algún derecho humano reconocido en un tratado o convención entrare en contradicción con la Carta Magna, su efecto modificador o derogatorio provocaría un conflicto con las cláusulas que garantizan su rigidez y su superioridad, por cuanto únicamente el poder constituyente o el Congreso, mediante votación calificada de 2/3 partes y ratificación por medio de la consulta popular, según sea el caso, y no por un tratado, pueden reformarla, sin olvidar la existencia de normas pétreas que no admiten ninguna de esas posibilidades.

En esa sentencia se menciona, además, que en cuanto a la pretensión de la preeminencia de algún instrumento internacional sobre la ley fundamental, el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Cons-

titución (artículos 175 y 204), por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contraviniera.

Este fallo echó por tierra las expectativas respecto a que los tratados internacionales sobre derechos humanos pudieran tener rango supraconstitucional; a lo sumo ingresan al orden jurídico con rango de norma constitucional, siempre que concuerden con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora o, menos, derogatoria de sus preceptos. Esto es debido a la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, es decir, reconoce que los tratados o convenios sobre derechos humanos sí están por encima de las leyes ordinarias, pero no tienen rango superior o están sobre la Constitución.

Con relación a este tema, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que la recepción de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el derecho nacional se produce no por la vía del artículo 46, sino como consecuencia de lo establecido por el primer párrafo del artículo 44, que recoge en nuestro sistema normativo constitucional el principio *numerus apertus* en cuestión de derechos humanos, cuando dispone que no quedan excluidos otros derechos que, aunque no figuren expresamente en la Constitución, son inherentes a la persona humana. Así se manifestó la Corte al evacuar la consulta que le hiciera el Congreso de la República en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes:

> [...] es necesario, previamente a analizarlo, determinar el lugar que el Convenio ocupa dentro del ordenamiento jurídico y su posición respecto de la Constitución para dilucidar si, en un momento determinado, podrían subsistir aspectos de la norma por contradecirla [...] el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno, debe entenderse como su reconocimiento a la evolución en materia de derechos humanos, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico interno junto a aquellas normas que superen el reconocimiento explícito de los derechos que ella posee, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por tanto, no por la vía del artículo 46, sino por la del primer párrafo del artículo 44 [...] (expediente 199-95, *Gaceta Jurisprudencial* 37).

Otro fallo muy comentado fue el sostenido por la Corte en el expediente 131-95, sobre la aplicabilidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a través del artículo 46 de la Constitución, sobre una disposición de derecho interno:

> [...] los tratados y convenios internacionales —en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos— no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional, prevalecerían estas

> últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad. Por consiguiente, en lo referente a este punto debe declararse que no se da la violación a ninguna norma de la Constitución Política de la República […] (*Gaceta*, expediente n° 131-95, *Gaceta Jurisprudencial* 43).

En cuanto a este segundo fallo, la posición de la Corte fue muy criticada cuando señaló que los tratados internacionales sobre dicha materia no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o de una norma de carácter interno, y expresamente refirió a la preeminencia que señala que la Constitución efectivamente otorga tal carácter a esos cuerpos normativos con el único fin de que si una norma ordinaria entra en conflicto con una norma internacional sobre derechos humanos, prevalecerá esta última, pero sin significar que pueda utilizarse como parámetro de constitucionalidad; concluye que en ese caso no se da violación de ninguna norma de la Constitución.

Es importante comentar otro fallo en el que la Corte modifica el criterio sostenido en el fallo anterior, relacionado con el carácter preeminente de los tratados internacionales sobre derechos humanos; en este caso y mediante amparo se pretendía que cuando no se aplicara directamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley de la República) sobre el Código Penal, se violaría el artículo 46 de la Constitución. Al respecto, la Corte consideró:

> [...] la cuestión a despejar es la determinación del rango o jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en relación con el Código Penal [...] Determinante para elucidar el punto analizado es la discusión sobre si la pena de muerte se extendió a delitos no previstos antes de la vigencia del Pacto de San José, en el caso del artículo 201 del Código Penal, o si por el contrario, el tipo delictivo simple, sin muerte de la víctima de secuestro o plagio, no estaba anteriormente sancionado con dicha pena [...] Que un delito (plagio más muerte de la víctima) es un delito distinto del otro (plagio simple) aunque no hubiese variado el nomen, pues en el primero se perfila la protección de un bien jurídico superior: la vida. En cambio, en el otro, el bien protegido es la libertad individual [...] en ese orden de ideas, se retoma las cuestiones depuradas anteriormente: el Estado de Derecho, el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos receptado convencionalmente por Guatemala y la teoría del delito como indicador clave para la aplicación de la normativa penal.. tomando en cuenta que el Derecho está sustentado en conceptos, o sea supuestos de razón más que en palabras aisladas, y teniendo presente *mutatis mutandi* la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 1995 en que dijo: "las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones (citada por Manuel Juan Vallejo, *La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 108) resulta que el acto reclamando violó los derechos del postulante por inaplicación prevalente y preeminente del artículo 4 numeral 2 *in fine* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] (expediente 30-2000, *Gaceta Jurisprudencial* 58).

Con este fallo, que comparto plenamente, la Corte se separa del criterio anterior y fija una posición clara con relación al lugar que deben ocupar los instrumentos internacionales de derechos humanos respecto al derecho interno, acercándose al

criterio que considera las disposiciones contenidas en la respectiva normativa internacional dentro del rango de normas constitucionales.

Lamentablemente, el criterio que la Corte sustentó en el fallo antes citado no se mantuvo por mucho tiempo, ya que en sentencias posteriores lo cambió con el siguiente argumento:

> [...] esta Corte debe abordar únicamente aspectos relacionados a la preeminencia de la norma constitucional en función del resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona humana, las obligaciones internacionales del Estado y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a que su aplicación pueda ser más garantista que las normas de derecho interno. En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *ius cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización.
>
> Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos [...] según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe […]" En ese orden de ideas se considera apropiado, previamente a analizar lo relacionado con el artículo 4, numeral 2 de la Convención y su aplicabilidad al caso objeto de estudio, puntualizar que la interpretación que debe hacerse de dicha norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuírsele a los términos expresados por el tratado en su contexto. Ello es importante, pues en esta sentencia debe quedar establecido que en el proceso de emisión de leyes en los cuales pudo haberse extendido la aplicación de la pena de muerte (como lo son los Decretos 38-94,14-95 y 81-96 del Congreso de la República), el Organismo Legislativo debió observar lo dispuesto en el tratado internacional precitado, ya que una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir la Convención, constituye una violación de ésta, y si esa violación afecta derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado, e igualmente genera tal responsabilidad el cumplimiento por parte de funcionarios de ese Estado de la ley manifiestamente violatoria de la Convención, aspectos que esta Corte tiene presentes en este análisis [...] esta Corte concluye que estando establecida la pena de muerte para el delito de plagio o secuestro en el actual Código Penal, la imposición de la misma no contraviene el artículo 4 inciso 2 de la Convención, no sólo por tratarse el secuestro de un delito grave, sino porque para que esta pena se ejecute, se requiere una observancia estricta del debido proceso y que se hayan agotado todos los recursos pertinentes para que la sentencia pueda considerarse ejecutoriada, situación que la actual Constitución Política de la República de Guatemala —texto normativo emitido con posterioridad a la Convención— observa en el artículo 18 constitucional al establecer que "Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales, inclusive el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos", normativa que también guarda congruencia con lo dispuesto en el artículo 4°, numeral 6 de la Convención [...] extender la aplicación de la pena —en este caso la de muerte— atendiendo al criterio de autoría de las personas que cometen el delito de secuestro, extensión que no prohíbe la Convención en su artículo 4 numeral 2 por tratarse de un mismo delito y no extenderse la aplicación de dicha pena a otros ilícitos penales que en la fecha de inicio de la vigencia de dicha

> Convención no tuvieren contemplada tal pena —como lo podrían ser, por citar algunos ejemplos, los delitos de homicidio, estupro y abusos deshonestos, los cuales no obstante su gravedad no tenían (ni tienen) contemplada dicha pena. De manera que al no haberse extendido la aplicación de la pena de muerte a otros delitos que no sean el de secuestro, en las reformas antes citadas, esta Corte considera que la aplicación que del artículo 201 del Código Penal se realizó por parte de los tribunales impugnados en el caso del amparista, no viola el artículo 46 de la Constitución ni el artículo 4 numeral 2 de la Convención, aun en el evento de plagio o secuestro no seguido de muerte de la víctima; razones por las cuales esta Corte se aparta del criterio expresado por este mismo tribunal en la sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil dictada en el expediente 30-2000 de acuerdo con las consideraciones antes realizadas [...] (expediente n° 872-2000, *Gaceta Jurisprudencial* 60).

Con este fallo, y tres más a la fecha, la Corte da un retroceso lamentable en aspectos relacionados con la preeminencia de la norma constitucional en resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona, y también con las obligaciones internacionales del Estado y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a que su aplicación pueda ser más garantista que las normas de derecho interno.

Los argumentos vertidos por la Corte, en este caso para separarse del criterio anterior, son antojadizos y de muy graves consecuencias. En ese fallo la Corte indica que la interpretación realizada por los tribunales impugnados no viola el artículo 4, numeral 2, de la Convención, debido a que el delito de plagio o secuestro contemplaba en el Código Penal vigente (artículo 201) la posibilidad de imponer la pena de muerte si el secuestrado moría durante su cautiverio. Con este criterio se da a entender que las reformas al Código Penal contenidas en los decretos 38-94, 14-95 y 81-96 del Congreso, que crearon nuevas figuras delictivas (muerte extrajudicial y desaparición forzosa bajo pena de muerte) o modificaron penas (de prisión por la de muerte en el delito de plagio o secuestro), no coliden con el artículo 4, numeral 2, de la Convención. La Corte no tomó en consideración que el Estado guatemalteco se comprometió, desde la aprobación y posterior ratificación, a no extender la aplicación de la pena de muerte a delitos no aplicables.

Para completar el marco general es obligado citar el interesante fallo del tribunal constitucional guatemalteco en una pretensión de inconstitucionalidad en caso concreto, sobre la extradición de un guatemalteco que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo V del tratado de extradición suscrito entre los gobiernos de Guatemala y los Estados Unidos de América y la convención suplementaria a dicho tratado, reza:

> Ninguna de las Partes Contratantes estará obligada a entregar, por virtud de la estipulaciones de esta Convención, a sus propios ciudadanos, pero el Poder Ejecutivo de cada uno de ellas tendrá la facultad de entregarlos, si lo creyera conveniente.

La Corte declaró la inaplicabilidad de la última parte del citado artículo por ser violatoria del artículo 27 de la Constitución Política y, con el objeto de mantener la preeminencia de la Constitución, declaró sostener la jerarquía constitucional sobre los tratados, así como orientar la selección adecuada de la norma aplicable a ese caso en particular (expediente 458-94, *Gaceta Jurisprudencial* 37).

La forma como la Constitución prevé la inclusión de convenios y tratados en materia laboral es similar a la que se indica en el artículo 44, analizado con anterioridad; en el artículo 102, inciso *t*, de la Constitución se establece:

> El Estado participará en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones. En tales casos, lo establecido en dichos convenios y tratados se considera como parte de los derechos mínimos de que gozan los trabajadores de la República de Guatemala.

Asimismo, el artículo 106 indica:

> *Irrenunciabilidad de los derechos laborales*. Los derechos consignados en esta sección son irrenunciables para los trabajadores, susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva y en la forma que fija la ley. Para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva. Serán nulas ipso iure y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de lo derechos reconocidos en favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos y otras disposiciones relativas al trabajo.
>
> En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales a materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.

A la fecha, las disposiciones legales, internas e internacionales en materia laboral han desarrollado los principios que la Constitución ha establecido, ampliando y mejorando así los derechos de los trabajadores. Para que estas normas sean aplicadas no es necesario acudir al artículo 46 de la Constitución; basta con las ya mencionadas contenidas en los artículos 102 y 106, e incluso en el 44 de nuestra Carta Magna.

Doctrinariamente se habla del principio de "aplicación de la norma más favorable en derecho laboral" en aquellos casos en que una situación es regulada por varias normas jurídicas. De esta manera queda excluido el principio de jerarquía de normas.

De igual manera, en materia de protección de los derechos humanos, si existen varias normas de orden interno e internacional aplicables a determinada situación, no debe aplicarse forzosamente la norma de mayor jerarquía, sino aquella que sea más favorable al ser humano, dejando a un lado el principio de jerarquía normativa. Esto se debe a que las normas internacionales que reconocen derechos al ser humano no son limitadas por sí mismas, sino que deben permitir nuevos y más amplios derechos y desarrollos. Este criterio ha sido sostenido por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana […]" (OC 5/85 del 13 de noviembre de 1985).

Para finalizar este apartado me permito citar algunos fallos de la Corte de Constitucionalidad en los que se ha hecho aplicación directa de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Caso 1

Pero en la cuestión a resolver resalta, antes que sentimientos de unos y otros, el interés de los menores que, conforme la Convención sobre los Derechos del Niño —ley aplicable, primordialmente— merece tratamiento de interés superior, como ya se expresó en las sentencias de fechas ocho de septiembre de mil novecientos noventa y ocho y seis de abril de mil novecientos noventa y nueve (expedientes 1042-97 y 49-99) [...] Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o creencias de sus padres, o tutores o de sus familiares, texto que corresponde con los principios que recogen los artículos 3, 46, 47 y 51 de la Constitución (expediente 866-98, *Gaceta Jurisprudencial* 52).

Caso 2

[...] esta Corte estima que de manera inmediata debe invocarse la legislación especial que regula determinada materia, pero esto no excluye, sino estimula, que su orientación se sustente en valores, principios y normas atinentes de superior jerarquía. De manera que, para decidir sobre un caso como el que se estudia, son pertinentes los enunciados de la Constitución y también los de la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ambas de la Asamblea General de Naciones Unidas [...] De ahí sostiene que "en materia educacional debe matizarse adecuadamente el enfoque civilista de la autonomía de la voluntad, en particular en cuanto esta concierna a niños o jóvenes menores de edad. Después de analizar la Constitución Política y Ley de Educación Nacional, en las que hallaría sustento para sus conclusiones, las refuerza con los enunciados del DIDH que relaciona así: "En cuanto a los instrumentos internacionales [...] de la Declaración resultan apropiados al caso, enunciados del Principio II sobre el goce del niño de medios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, y del Principio III, que el interés superior del niño debe ser la pauta de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. De la Convención son relevantes en el artículo 3.1 la reiteración de que debe atenderse el interés superior del niño, y el artículo 12.2 que le garantiza la "oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño [...]". Al examinar propiamente los hechos (documentos y actuaciones) la CC expresa: "La expulsión del colegio (que constituye una comunidad de administradores, maestros, compañeros y padres de familia) importa una sanción de la máxima gravedad dentro del régimen disciplinario de la institución, y que desde luego se justificaría cuando existan causas suficientes que alteren o amenacen alterar el curso normal del proceso educativo, o bien, si se tratare de conductas incorregibles o reacias a ser educadas que dañen efectivamente al resto de la comunidad. De manera que, si como en el caso examinado, se perfilaron circunstancias atenuantes de la falta, que la autoridad del colegio no pudo o no quiso advertir, es claro que ese exceso daña la personalidad de los alumnos sancionados y por ello no debe continuar el castigo que ya han sufrido." La sentencia arribó a conclusiones e invocó las normas de DIDH citadas, y para el caso asentó: "la disposición del colegio impugnado rebasó los límites de lo razonable en materia de corrección, [...] los alumnos ya han sufrido suficiente castigo por habérseles mantenido expulsos durante casi tres meses (y que durante ese tiempo el resto de la comunidad escolar habrá percibido las consecuencias penosas de la falta grave cometida por los escolares mencionados), se vulneró su derecho humano a la educación, garantizado por la Constitución (artículo 74) y la Ley de Educación Nacional (artículo 1, inciso a), con inobservancia de los principios que reconocen el interés superior del

> niño contenidos en la Declaración y Convención [...]" (expediente 248-98, *Gaceta Jurisprudencial* 51).

Como puede apreciarse en ambos fallos, la Corte aplica en forma directa tanto la Declaración como la Convención de los Derechos del Niño cuando reconoce que los tribunales inferiores no observaron los principios que reconocen el interés superior del niño contenidos en dicha normativa.

Otro fallo interesante recoge el reconocimiento expreso que hace la Corte de la preeminencia del derecho a la vida reconocida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y a la integridad moral de la persona reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (acción de inconstitucionalidad contra el artículo 3 del decreto 100-96, reformado por el decreto 22-98, ambos del Congreso de la República).

> En cuanto a la teleología del párrafo impugnado es indudable que corresponde a cuestiones opinables, por lo que debe confiarse en la propia razonabilidad de los medios de prensa, en cuanto respeten la intimidad del ejecutable, quien, no obstante esta condición, conserva su dignidad humana, esto es, su calidad de persona, aspecto subjetivo que recoge con claridad el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Asimismo, porque el inciso 2 del artículo 5 del Pacto de San José protege la integridad moral de la persona y el inciso e ibídem proclama que "la pena no puede trascender de la persona del delincuente porque, para el caso, la publicidad fotográfica o videográfica del suceso profundamente íntimo de la muerte de un hombre puede ser aflictivo a su familia. Siendo, pues, inalienable e imprescriptible la dignidad de la persona física, la que no pierde ni siquiera por una sentencia capital, tal como se deduce de lo previsto en el Preámbulo y los artículos 1°, 2°, 3° y 4° de la Constitución, y, en tanto no haya legislación reguladora válidamente emitida, concierne a los medios de comunicación observar un principio aún no reglamentado y que corresponde a los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 22 ibídem: la dignidad en la muerte. En particular ese principio debe observarse si el ejecutable manifiesta, en su momento, su voluntad de que se le permita morir en pleno derecho a la intimidad, de la que la sentencia condenatoria no le ha privado" (Expediente 248-98, *Gaceta Jurisprudencial* 51).

4. Jurisdicción constitucional

El ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional guatemalteca comprende: a) la protección de los derechos fundamentales, cuya violación activa la garantía constitucional por excelencia: el proceso de amparo; b) el control de constitucionalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general y en casos concretos; c) el recurso de hábeas corpus o exhibición personal, para proteger la libertad personal, tal como el trato digno en caso de una privación de la libertad en el marco de la ley.

La Constitución Política de 1985, como norma suprema del ordenamiento jurídico, establece los derechos y libertades que les son reconocidos a los habitantes de

un Estado y regula lo referente a la organización y el funcionamiento de éste; establece los órganos que han de integrarlo, así como la función esencial de cada uno de ellos.

Para garantizar su supremacía, esta Constitución fue revestida de una serie de mecanismos de protección que aseguran su vigencia. Así, dentro de su normativa se prevé expresamente que cualquier otra disposición ordinaria o legal que la contradiga será nula *ipso jure*. Sin embargo, es imprescindible la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma para que se logre la nulidad del precepto lesivo a la Constitución.

De ahí la necesidad de facultar a determinados tribunales con la potestad de declarar la inaplicación de preceptos contrarios a la ley fundamental, y también de revestir a otros como "legisladores negativos" para eliminar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones que lesionen la ley fundamental.

A la fecha, en Guatemala el control de constitucionalidad de las leyes se ejerce manteniendo un sistema mixto, en el cual coexisten el concentrado y el difuso.

El sistema concentrado, según se desprende de los artículos 267 y 268 de la Constitución, reside en un órgano especializado —la Corte de Constitucionalidad— que ejerce el control de constitucionalidad con carácter general; sus sentencias poseen carácter *erga omnes*. Actúa como legislador negativo y expulsa del ordenamiento jurídico la norma que a su juicio es lesiva a la ley suprema.

En cambio, el sistema difuso atribuye a todos los jueces, desde primera instancia hasta casación, la facultad para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias contrarias a la Constitución, con efectos sólo para las partes que han intervenido en la controversia (artículo 266 de la Constitución).

En cuanto al control de constitucionalidad difuso, merece la pena acotar que la legislación guatemalteca no prevé la denominada "consulta judicial", "duda de inconstitucionalidad" o "cuestión de inconstitucionalidad". Así se conoce en las diferentes legislaciones el planteamiento que el juez ordinario presenta al Tribunal Constitucional ante la situación de considerar contraria a la ley fundamental una norma inferior, siempre que esta contradicción no resulte clara y amerite la opinión del Tribunal Superior. Por tal razón, el juez que considere que una norma es contraria a la ley fundamental deberá, de conformidad con el mandato del artículo 204 de la Constitución, declarar inaplicable la norma inferior, bajo su propia responsabilidad.

En Guatemala, el control de constitucionalidad de las leyes se realiza por medio de la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos e inconstitucionalidad de leyes de carácter general.

La constitucionalista guatemalteca Aylín Ordóñez se refiere la inconstitucionalidad en casos concretos como:

> [...] un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto garantizar la adecuación de las leyes a la Constitución, mantener la preeminencia de esta sobre toda otra norma, orientar la selección adecuada de normas aplicables a los casos concretos, impidiendo la aplicación de normas legales no concordes con los preceptos constitucionales.

La inconstitucionalidad en caso concreto tiene carácter prejudicial debido a que es necesario decidir esta cuestión antes de las discutidas en el proceso principal, dado que la resolución que recaiga sobre ella en el proceso constitucional debe tenerse en cuenta en la resolución de las cuestiones debatidas en el asunto principal.

El artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (en adelante, LAEPyC) preceptúa:

> En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto [...].

Tal norma demuestra la amplitud de la acción, como garantía constitucional que podrá ejercerse de tres maneras distintas: acción, excepción o incidente. Es una garantía constitucional ampliamente regulada, que permite al afectado por la inconstitucionalidad de una ley plantear la denuncia en todo proceso, en cualquier instancia y en casación, hasta antes de dictarse la sentencia, a efectos de lograr la inaplicación de la norma viciada.

Al respecto, la Corte ha señalado:

> Este mecanismo es un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto mantener la preeminencia de la Constitución sobre toda norma, y orientar la selección adecuada de normas aplicables a cada caso concreto. La persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley puede plantearlo ante el tribunal que corresponda según la materia y podrá promoverse cuando la ley de que se trate hubiera sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio [...] (expediente 531-94, *Gaceta Jurisprudencial* 17).

En cuanto a la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad (artículo 267 de la Constitución):

> [...] la inconstitucionalidad general es una garantía constitucional que permite a toda persona individual o jurídica denunciar la disconformidad existente entre la Constitución Política de la República y una norma de inferior jerarquía, solicitando en consecuencia la nulidad de esta última, a efecto de mantener la supremacía constitucional.

Es muy amplio el campo de acción de la inconstitucionalidad general, toda vez que puede impugnarse cualquier norma de carácter general que a juicio del accionante posea un vicio de esta clase.

La Corte de Constitucionalidad ha declarado que, de conformidad con lo establecido en el artículo citado, el control de constitucionalidad no se limita a la ley *stricto sensu,* como producto de la potestad legislativa del Congreso de la República, sino que abarca todo tipo de disposiciones gubernativas con pretensión de formar parte del conjunto normativo de la nación.

> [...] también comprende los reglamentos y disposiciones de carácter general que dicte el Organismo Ejecutivo, así como las demás reglas que emitan las instituciones

> públicas, lo que trae aparejada, como consecuencia, la invalidez de las normas y disposiciones que contraríen lo dispuesto en la ley fundamental [...] (expediente 625-00, *Gaceta* 59).

La acción de inconstitucionalidad general se encuentra revestida de una serie de características que la convierten en una de las principales garantías constitucionales.

En cuanto a las leyes, no hay duda de que pueden impugnarse las emitidas por el Congreso de la República; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha establecido que:

> [...] no quedan sometidos al control de constitucionalidad solamente las normas de rango legal objetivadas externamente, sino también los procesos legislativos, *interna corporis*, que deben ajustarse a las formas que la Constitución prescribe (expedientes 23-88, 297-94 y 669-94, *Gacetas Jurisprudenciales* 9, 45 y 40).

Conforme a esta doctrina se han impugnado normas de carácter general emitidas por el Congreso de la República, no sólo por su inconstitucionalidad material —el texto lesiona una norma constitucional—, sino también porque en el proceso de su formación se incumplieron preceptos constitucionales, por ejemplo, si la norma no fue aprobada con la mayoría requerida o no se cumplió con el número de lecturas previsto en la norma suprema.

El elemento imprescindible de una norma tachada de inconstitucional es la generalidad de sus preceptos: su contenido debe afectar a toda la población o a una porción de ésta. Otro aspecto derivado de los criterios de la Corte de Constitucionalidad es que la norma impugnada debe encontrarse vigente; esta disposición se fundamenta en el artículo 140 de la LAEPyC, que dentro de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad señala que la norma perderá su vigencia al día siguiente de la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*. En consecuencia, en el caso de una norma no vigente, la declaratoria de inconstitucionalidad carecería de efectos, por lo que la Corte ha incorporado el requisito de la vigencia.

Pueden ser impugnadas por inconstitucionalidad también las normas preconstitucionales —aquellas cuya vigencia se inició antes de la promulgación de la actual Constitución—. En virtud de la supremacía de esta última, puede someterse a control de constitucionalidad cualquier norma que contradiga su contenido. Así, la Corte de Constitucionalidad ha conocido inconstitucionalidades sobrevenidas de una serie de normas, entre ellas la promovida contra la Ley de Protección al Consumidor (decreto ley 1-85), el Código Penal (decreto 17-73 del Congreso de la República) y el Código Civil.

Cabe mencionar que la Corte tiene facultad para decretar de oficio la suspensión provisional de la norma o normas atacadas si a su juicio la inconstitucionalidad es notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables.

Como se señaló, la Corte, en el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad de las normas, es la única que posee la calidad de "legislador negativo" y, como tal, sólo ella puede dejar sin vigencia una norma de carácter general. Las sen-

tencias en las que acoge la denuncia de inconstitucionalidad producen efectos constitutivos, debido a que se traducen en la nulidad plena de la norma declarada inconstitucional.

Al respecto ha señalado:

> Cuando se trata de inconstitucionalidad general o abstracta, prevista en el artículo 267, ibídem, la sentencia estimatoria tiene carácter vinculante frente a todos, pues sus efectos son anúlatenos del precepto normativo impugnado, que deja de surtir efectos pro futuro o *ex nunc*, bien sea desde el día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial o desde la fecha en que igualmente se publicó el auto que suspendió provisionalmente la disposición atacada, según sea confirmado por el fallo que resuelve en definitiva [...] Las sentencias de la Corte de Constitucionalidad estimatorias de inconstitucionalidad de preceptos normativos son definitivas y, como consecuencia, expulsan del ordenamiento jurídico las normas así declaradas [...] (expediente 498-99, *Gaceta Jurisprudencial* 54).

El amparo es otro de los instrumentos que conforman la justicia constitucional en Guatemala. El origen del amparo guatemalteco, al igual que en otros países de Latinoamérica, es el recurso de amparo mexicano.

El amparo, instituido en Guatemala a partir de 1921, sufre una transformación muy profunda en la Constitución Política de 1985, que dispone en el artículo 265:

> *Procedencia del amparo*. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan […].

Como puede apreciarse, el ámbito de protección legal del amparo guatemalteco es extraordinariamente amplio. En opinión del constitucionalista alemán Norbert Lösing, esta amplitud no ocurre con la queja constitucional alemana o el amparo constitucional español, que sólo pueden ser interpuestos para solicitar la protección de los derechos fundamentales.

El proceso de amparo sirve tanto para la protección de los derechos constitucionales como también de los derechos consagrados en leyes ordinarias. El artículo 1° de la LAEPyC extiende su protección a los instrumentos internacionales que han sido ratificados por Guatemala. Los efectos prácticos de esta disposición se deben tener en cuenta, sobre todo con relación a los derechos contemplados en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aprobados por Guatemala y que se pueden hacer valer ante los tribunales nacionales. Aun cuando no se ha hecho uso de esta posibilidad con la envergadura que se desearía, tanto la propia Corte de Constitucionalidad como los tribunales inferiores han procedido individualmente a aplicar de manera directa los instrumentos sobre derechos humanos —especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y otros—, tal como se aprecia en el apartado 5 de esta exposición.

Al respecto, cuando interpreta el artículo 265, la Corte señala:

> El amparo protege a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaura su imperio cuando la violación hubiere ocurrido. Procede siempre que las leyes, disposiciones, resoluciones o actos de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. De conformidad con este principio el amparo se contrae a dos funciones esenciales: una preventiva y otra restauradora. Para establecer su procedencia, cuando se denuncia amenaza de violación a un derecho garantizado por la Constitución y las leyes, es condición que la amenaza que se quiere evitar sea inminente y provenga de un acto de autoridad para que el amparo cumpla con prevenirlo o a contrario sensu, una vez cometida la violación que debió evitarse, el amparo cumple con repararla, restablece al afectado en el goce de sus derechos transgredidos y declara que el acto que se impugna no le afecta por contravenir o restringir derechos garantizados por la Constitución y la ley. En ambas circunstancias, tanto para la protección preventiva como la reparadora, debe examinarse las condiciones básicas para la procedibilidad del amparo (expediente 1351-96, *Gaceta Jurisprudencial* 44).

El amparo, en Guatemala, es un proceso de carácter constitucional, extraordinario, que procede en contra de las decisiones judiciales cuando existe violación directa de una norma constitucional o cuando se censura la ostensible violación del orden constitucional. Su procedencia está sujeta a la concurrencia obligada de requisitos procesales sin los cuales no puede prosperar. Al respecto, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

> De ahí la facultad de las personas de acudir a este instituto, que habrá de utilizarse conforme su naturaleza y la ubicación que tiene en nuestro ordenamiento jurídico, a efecto de obtener la protección que con él se pretenda. Así, para promover amparo, como medio de protección de aquellos derechos, debe darse cumplimiento a requisitos esenciales que determinan su procedencia y hacer viable la reparación del agravio causado, como lo son: a) la legitimación de los sujetos activo y pasivo; b) el de oportunidad en el plazo, pues deben interponerse dentro del plazo fijado por la ley específica que lo regula, salvo los casos de excepción que contempla; y c) la definitividad, porque previamente a acudir al mismo ha debido procurarse la tutela ordinaria de tales derechos en la jurisdicción correspondiente, y por los procedimientos y recursos idóneos. La ausencia de cualquiera de tales elementos imposibilita otorgar la protección solicitada, siendo imperativo para el tribunal de Amparo examinar la concurrencia de los mismos [...] (expediente 360-88, *Gaceta Jurisprudencial* 11).

Con relación a su carácter extraordinario, la Corte ha indicado en reiterados fallos:

> Los derechos de las personas contenidos en la Constitución y demás leyes no serían más que formulaciones carentes de eficacia si no se les provee de las garantías necesarias para asegurar su vigencia. Así el amparo ha sido instruido como un mecanismo protector para preservar y, en su caso, restablecer aquellos derechos y procederá siempre que los actos u omisiones de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación de los mismos. Sin embargo, ha de entenderse que dicho mecanismo debe ser utilizado conforme el carácter extraordinario que le ha sido asignado por la ley constitucional que lo regula, pues se trata de un medio de control del mantenimiento del orden constitucional y no de un sustituto de la función judicial que por disposición

> constitucional ha sido encomendada exclusivamente a los tribunales de justicia (artículo 203) y se desarrolla en los distintos procedimientos y recursos por cuyo medio pueden las personas obtener la tutela de sus derechos, correspondiendo al amparo, como garantía del orden constitucional, la misión de asegurar el acceso a dicha tutela cuando así procediere […] (expediente 90-89, *Gaceta Jurisprudencial* 13).

En cuanto a la competencia de la Corte de Constitucionalidad para conocer los amparos, decide éstos en única instancia, de conformidad con el artículo 272 literal *b* de la Constitución, en concordancia con los artículos 11 y 163 de la LAEPyC, cuando la acción se dirige en contra de la Junta Directiva y el Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el presidente o el vicepresidente de la República. Conoce en segunda instancia de todos los demás procesos de amparo, incluso los que se hubieren presentado ante la Corte Suprema.

Las decisiones de los Tribunales de Amparo, en forma similar a lo que ocurre en caso del control constitucional en caso concreto, tienen efectos interpartes, salvo lo dispuesto en el artículo 43 de la LAEPyC (doctrina legal). Sólo se exceptuará cuando se trate de una sentencia proferida en un proceso de amparo interpuesto por el procurador de los Derechos Humanos; cuando favorezca a la comunidad, tendrá efectos generales.

Otro de los instrumentos de la justicia constitucional guatemalteca es el recurso de exhibición personal, regulado en los artículos 263 de la Constitución, y 82 y siguientes de la LAEPyC. Al contrario de lo que ocurre en Costa Rica, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no es competente para conocer estos recursos.

La competencia para conocer del recurso de hábeas corpus se le atribuye a la Corte Suprema. El bien jurídico protegido es tanto la libertad personal como el trato digno en caso de una privación de la libertad en el marco de la ley. Se trata por tanto de un proceso constitucional clásico. Está concebido como un proceso sencillo, expedito y sin formalidad alguna. La legitimación activa es bastante amplia: la tienen los agraviados y cualquier persona (acción popular), así como cualquier juez, que de oficio puede iniciar un proceso de exhibición personal.

La Constitución actual asigna a la Corte de Constitucionalidad otras funciones, tales como la consultiva, mediante la cual emite dictamen u opinión sobre:

a. la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado, inciso *e* del artículo 272 de la Constitución y 163, inciso *e*, de la LAEPC;
b. la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Organismo Ejecutivo y sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley, a solicitud del Congreso de la República.

Debe decidir además, sobre los proyectos de reforma de las leyes constitucionales (artículo 175 de la Constitución). Estas reformas pueden ser llevadas a cabo sólo cuando el dictamen de la Corte es favorable. Asimismo, la Corte puede presentar propuestas de reforma de la Constitución (artículo 277 de la Constitución) y darse su propio reglamento.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca, especialmente en materia de protección de la Constitución, tiene una competencia adicional que no se encuentra prevista de manera expresa en la Constitución. En su sentencia de 25 de mayo de 1993 (declaratoria de nulidad del decreto del presidente golpista Serrano) sentó un hito en la historia de la jurisdicción constitucional. Esa sentencia ofrece una respuesta rica en iniciativas a los especiales desafíos a que se ve enfrentada la justicia constitucional en Latinoamérica.

5. Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados y ratificados por Guatemala

Instrumentos internacionales de derechos humanos (ONU y OEA)

- Declaración Universal de los Derechos Humanos;
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos;
- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos;
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador);
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Convenciones de derecho internacional humanitario

- Convenio para Mejorar la Suerte de los Heridos y Enfermos en las Fuerzas Armadas en Campaña;
- Convenio para Mejorar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar;
- Convenio Relativo al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra;
- Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra;
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (protocolo I); y
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (protocolo II).
- Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.

Convenios relativos a derechos humanos y administración de justicia

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;
- varias declaraciones, principios, procedimientos y reglas relacionadas con el tratamiento de reclusos, menores privados de libertad, independencia de la judicatura, etc.;
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Convenios sobre nacionalidad, apátridas, asilo y refugiados

- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados;
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados;
- Convención sobre el Derecho de Asilo;
- Convención sobre el Asilo Político;
- Convención sobre el Asilo Diplomático.

Convenio sobre la libertad de información

- Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación.

Derechos de la mujer

- Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer;
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer;
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer;
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará);
- Convenio sobre la Nacionalidad de la Mujer;
- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada;
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer.

Derechos del niño

- Convención sobre los Derechos del Niño.

Convenios relativos a eliminación de la discriminación

- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial;

- Convenio número 111, Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación;
- Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza;
- Protocolo para Instituir una Comisión de Conciliación y Buenos Oficios Facultada para Resolver las Controversias a que Pueda Dar Lugar la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

Derechos de los pueblos indígenas

- Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT).

Convenios relativos a eliminación de la esclavitud

- Convención sobre la Esclavitud;
- Protocolo para Modificar la Convención sobre la Esclavitud;
- Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

Convenios relativos a materia laboral

- Convenio número 87, Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho Sindical;
- Convenio número 98, Relativo a la Aplicación de los Principios de Derecho de Organización y de Negociación Colectiva;
- Convenio número 100, Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor;
- Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero;
- Convención número 105, Relativa a la Abolición del Trabajo Forzoso;
- Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima de Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios;
- Convenio número 122, Relativo a la Política del Empleo.

Conclusiones

1. Los derechos fundamentales de la persona han sido incorporados en las Constituciones que han regido la vida del Estado guatemalteco desde su independencia en 1821. Sin embargo, a partir de la promulgación de la Constitución

de 1985 (actualmente en vigencia) se evidencia el nacimiento de un Estado constitucional de derecho, con la inclusión de un catálogo muy desarrollado de derechos humanos y de tres instituciones de primer orden para velar por su plena eficacia: el Procurador de los Derechos Humanos, el Tribunal Supremo Electoral y la Corte de Constitucionalidad.

2. La Corte de Constitucionalidad ha sentado criterio al establecer que los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala sobre derechos humanos ingresan al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional. Esto significa que las normas de derechos humanos son vinculantes con fuerza normativa igual a la de la Constitución y adquieren, por lo tanto, fuerza superior sobre todo el ordenamiento interno. Sin embargo, no les reconoció posibilidades reformadoras ni derogatorias de la propia Constitución. Empero, el fallo vertido en el expediente 872-2000, *Gaceta Jurisprudencial* 60, cambió el criterio anterior y dio a entender que las reformas al Código Penal contenidas en los decretos 38-94, 14-95 y 81-96 del Congreso, que crearon nuevas figuras delictivas (muerte extrajudicial y desaparición forzosa bajo pena de muerte) o modificaron penas (de prisión por la de muerte en el delito de plagio o secuestro), no coliden con el artículo 4, numeral 2, de la Convención.
3. El fallo de la Corte que declaró inconstitucional el decreto del Congreso 50-2002, argumentando que el procedimiento de *adhesión* no está previsto constitucionalmente como atribución del presidente de la República, respecto a la aprobación por adhesión del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya), fue cuestionado por el magistrado Rodolfo Rohrmoser, quien en voto razonado consideró que, de conformidad con el artículo 149 de la Constitución Política y el derecho internacional (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), el Estado de Guatemala sí tiene facultad para obligarse a partir del procedimiento de *adhesión*. La opinión generalizada de connotados constitucionalistas es que esa resolución *no afecta otros instrumentos internacionales* a los que Guatemala se hubiera adherido, luego de ser aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el presidente de la República, por lo que todos los otros instrumentos internacionales que se encuentren en esa situación *conservan su validez y eficacia*.
4. En los cuatro últimos fallos de la Corte relacionados con la aplicación de la pena de muerte se da un retroceso lamentable en aspectos vinculados a la preeminencia de la norma constitucional en resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona, y también con las obligaciones internacionales del Estado y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a que su aplicación pueda ser más garantista que las normas de derecho interno. En estos

fallos la Corte indica que la interpretación realizada por los tribunales impugnados no viola el artículo 4, numeral 2, de la Convención, debido a que el delito de plagio o secuestro contemplaba en el Código Penal vigente (artículo 201) la posibilidad de imponer la pena de muerte si el secuestrado moría durante su cautiverio. Con este criterio se da a entender que las reformas al Código Penal contenidas en los decretos 38-94, 14-95 y 81-96 del Congreso, que crearon nuevas figuras delictivas (muerte extrajudicial y desaparición forzosa bajo pena de muerte) o modificaron penas (de prisión por la de muerte en el delito de plagio o secuestro), no coliden con el artículo 4, numeral 2, de la Convención. La Corte no tomó en consideración que el Estado guatemalteco se comprometió, desde la aprobación y posterior ratificación, a no extender la aplicación de la pena de muerte a delitos no aplicables.

5. El desarrollo de la jurisdicción constitucional por medio del control de leyes, con carácter general, ejercido en forma concentrada por la Corte de Constitucionalidad, se regula en forma amplia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. Éste prevé la expresión de acción popular, por la cual cualquier persona puede denunciar la contravención de normas inferiores a la Constitución. Además, no establece un término para la presentación de las citadas acciones; sólo se ha desarrollado jurisprudencialmente la necesidad de vigencia de las normas. Las disposiciones que pueden ser impugnadas por inconstitucionales abarcan todas las normas generales que pretendan aplicarse a la población o a un sector de ésta, inclusive las leyes preconstitucionales. Este sistema ha funcionado con eficacia como mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala, debido a la gama de opciones ante la presentación de denuncias de contravención a la ley fundamental, por parte de la población en general.
6. El ámbito de protección legal del amparo guatemalteco es extraordinariamente amplio. El proceso de amparo sirve tanto para la protección de los derechos constitucionales como también de los derechos consagrados en leyes ordinarias; extiende su protección a los instrumentos internacionales, que incluyen los tratados y convenciones sobre derechos humanos ratificados por Guatemala. Aun cuando no se ha hecho uso de esta posibilidad con la suficiente amplitud, tanto la propia Corte de Constitucionalidad como los tribunales inferiores han procedido individualmente a aplicar de manera directa los instrumentos sobre derechos humanos, y los interponentes de las acciones de amparo, a citarlos como fundamento de sus acciones.

Referencias bibliográficas

AYALA CORAO, Carlos: *La jerarquía de los tratados de derechos humanos. El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998.

CHACÓN PAZOS, Gilberto: *Los tratados en el derecho constitucional guatemalteco*, Guatemala, 1971.

DIGHERO HERRERA, Saúl: "El control de constitucionalidad de la leyes en Guatemala", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco: *Los tribunales constitucionales en Latinoamérica: Una visión comparativa*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2000.

FIX ZAMUDIO, Héctor: "Jurisdicción constitucional y protección de los derechos fundamentales en América Latina", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, 1995.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, y Edmundo VÁSQUEZ MARTÍNEZ: *Constitución y orden democrático*, Universidad de San Carlos de Guatemala, Talleres de la Editorial Universitaria, 1984.

— *Derechos humanos y democracia*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1997.

— *Política y Constitución de Guatemala*, Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1993.

LÓPEZ MIJANGOS, Rubén Homero: *Opiniones consultivas a los doce años de justicia constitucional*, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 1998.

LÖSING, Norbert: *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Konrad Adenauer Stiftung, 2002. Traducción de Marcela Anzola Gil.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro: *Reflexiones constitucionales*, Corte de Constitucionalidad, Centro Impresor Piedrasanta, Guatemala, 1994.

ORDÓÑEZ REINA, Aylín: "La jurisdicción constitucional en Guatemala", IV Congreso Jurídico de Abogados Landivarianos, Guatemala, agosto de 2001.

PINTO ACEVEDO, Mynor: *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, Serviprensa Centroamericana de Guatemala, Guatemala, 1995.

PIZA R., Rodolfo E. [TREJOS, Gerardo]: *Derecho internacional de los derechos humanos: La Convención Americana*, Juricentro, San José de Costa Rica., 1989.

Marcelo Augusto Madina (Argentina) *

Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto plantear la tensión existente entre los derechos de las víctimas y los imputados de un proceso penal por aplicación de las normas y principios del derecho internacional de los derechos humanos. Su desarrollo a partir de resoluciones de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone compatibilizarlos a fin de evitar que se neutralicen unos con otros. Este análisis se efectuará a partir de tres supuestos de hecho: doble instancia, *ne bis in idem* y derecho de confrontar los testigos de cargo, en el convencimiento de que ello permitirá dimensionar realmente el efecto práctico dentro del proceso penal.

Mucho se ha escrito respecto al impacto que produjeran en el derecho interno la incorporación a la Constitución nacional (artículo 75, inciso 22) de los tratados internacionales de derechos humanos,[1] y es en el derecho penal y procesal penal donde ello mayor repercusión ha tenido. A su vez, la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han generado una gran gama de fallos que interpretan los derechos contenidos en las normas convencionales, lo que amplió decididamente el marco teórico dogmático a tener en cuenta en materia de derechos y garantías.

En muchos supuestos aparecen regulados derechos para quienes soportan el enjuiciamiento penal (imputados en sentido amplio), así como para quienes resultan víctimas de él, con lo que el conflicto real se traslada al plano normativo. Tal como

---

* Profesor adjunto regular de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Juez de garantías del departamento judicial Mar del Plata. ‹mpjgar1@yahoo.com.ar›

[1] En especial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

señala Julieta Di Corleto,[2] existe una diferencia de objetivos y métodos entre el derecho procesal penal tradicional y el derecho internacional de los derechos humanos. El primero se orienta *al acusado*, tiende a la investigación de los delitos atribuidos, a determinar su culpabilidad o inocencia, etc., y regula precisamente que no se desborde la injerencia estatal en la persecución penal de quien padece el enjuiciamiento. En él la víctima asume un papel secundario, si bien hoy recuperada de la neutralización inicial.[3] Por su parte, el derecho internacional se incardina hacia *la víctima* de las violaciones a los derechos humanos, buscando que el Estado la provea de una reparación monetaria o un reconocimiento público por la ofensa, y más recientemente ha reconocido el derecho a que los autores de tales violaciones sean castigados.

Sin embargo, esta diferenciación no se encuentra terminantemente fijada. Por el contrario, los tratados internacionales receptan derechos para los imputados y el derecho adjetivo interno introduce cada día con mayor intensidad normas de amparo para la víctima.

El panorama descrito demuestra la tensión existente en el seno del proceso penal cuando ambas partes —imputado y víctima— invocan, en la defensa de sus derechos, normas o principios reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, y, en el caso concreto, el reconocimiento en cabeza de uno de ellos implica la afectación o restricción de los que le corresponden al restante.

2. El derecho a la doble instancia

La posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales ante una instancia revisora amplia no fue tema pacífico en la doctrina y jurisprudencia nacional. Históricamente la Corte Suprema de Justicia Nacional entendió que "el adecuado respeto a la garantía del debido proceso sólo exige que el litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias que las leyes procesales, reglamentando esta garantía constitucional, establezcan según la naturaleza de las causas".

Ahora bien, la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos modificó esa situación jurídica, puesto que en los artículos 14 inciso 5 y 8.2.*h*, respectivamente, establecen:

> Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme lo prescripto por la ley.
>
> Durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas […] derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

---

[2] "El derecho de las víctimas al castigo a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos" SJP LL, del 23/12/2003, pp. 21 y ss.

[3] Véase Pedro Bertolino: *Código Procesal comentado*, Depalma, Buenos Aires, 7ª ed., p.116, y Esteban Righi: "Dogmática y política criminal de la víctima", en *Teorías actuales en el derecho penal*, 75º aniversario del Código Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 325.

El alcance de estas normas fue precisado por la Suprema Corte de Justicia, que en el caso *Jorge Arce*[4] estableció que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio *del inculpado*, excluyendo al Ministerio Público Fiscal, por considerar que éste no quedaba alcanzado por el término *persona*, invocado en el derecho convencional, y que a su vez el Estado podía limitarse en su facultad de ejercer el *ius puniendi*.

Recientemente, en un voto en solitario, el juez Adolfo Vázquez, de la Suprema Corte de Justicia, efectuó el distingo entre los diversos párrafos del artículo 8.2 de la CADH, en el primero de los cuales asegura el principio de inocencia para *todo inculpado de delito*, mientras que el segundo párrafo, al que le son predicables los incisos *a-h*, está destinado a *toda persona,* sin distinción de rol procesal, por lo que el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior alcanzaría al querellante o particular damnificado.[5]

Ahora bien, dado que la sentencia en dicha causa no resolvió específicamente la situación de la víctima, sino el derecho del recurso del fiscal con relación al artículo 8.2.*h* de la CADH, la cuestión a dilucidar es si dicha garantía debe concedérsele a la víctima legitimada dentro del proceso como querellante o particular damnificado cuando no obtenga una sentencia que responda a sus intereses (v. gr., absolución del imputado) *por imperio de otras normas contenidas en los tratados de mención* y, en el caso de contestarse afirmativamente, si ello podría afectar derechos del imputado.

Debemos distinguir el análisis.

En los *delitos de acción pública*, debemos concluir que las legislaturas locales son soberanas para establecer un recurso a favor de la víctima contra la sentencia absolutoria del imputado y que su cercenamiento no afecta los derechos contenidos en los tratados internacionales de mención.[6] La cuestión no es sencilla, por cuanto el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) establece el principio de protección judicial por el cual "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".

A su vez, las decisiones de los órganos de aplicación de la Convención Americana dejan entrever que por *recurso efectivo* se debe interpretar "la capacidad de impulsar la acción penal como un acusador privado. Esto es así por cuanto un modo de hacer efectiva la investigación, persecución y castigo de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos y de dotar a las víctimas de capacidad para asegurarse este derecho

---

[4] CS, octubre 14-997, en SJP LL, del 26 de diciembre de 1997, pp. 22 y ss.

[5] CS, Julio Ledesma, 2003/09/23, en *SJP*, 31 de mayo de 2004, pp. 40-42

[6] En el mismo sentido lo desarrolla Julio B. J. Maier en su trabajo "El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?", en AA. VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2004, pp. 407 y ss.

hasta las últimas consecuencias, es el permitirles que acudan a un órgano independiente, imparcial y diligente donde puedan aportar las pruebas que hagan a su pretensión, controlar los procedimientos, formular la acusación e interponer *los recursos que crean adecuados"*. En este entendimiento, en un caso seguido contra Argentina, la Comisión declaró que la petición era admisible ante dicho órgano debido a que la víctima de violencia policial no había tenido derecho a un recurso de apelación contra el fallo absolutorio de un agente policial que había intervenido.[7]

En los *delitos de acción privada*, el argumento utilizado por la Corte Suprema de Justicia para otorgar al querellante privado el recurso contra la sentencia absolutoria del querellado fincó en las especiales características del procedimiento por dichos delitos, en el que el Estado renunció a participar del contradictorio y dejó a voluntad de las partes el dirimir la disputa según sus propias fuerzas, y, por lo tanto, aplicar las distinciones que fueron pensadas para los procesos en los cuales el Estado autolimita su poder punitivo restringiendo la acción del Ministerio Público, quiebra la armonía e introduce un elemento de grave *desigualdad* que la ley Fundamental reprueba en su artículo 16 (artículo 8.2 de la CADH).[8]

El conflicto en el plano normativo se traslada al caso concreto cuando advertimos que, de aceptar el recurso de la víctima (querellante o particular damnificado en los delitos de acción pública) contra la sentencia absolutoria, en caso de revocación y condena habría que asegurarle al imputado un nuevo recurso contra dicha decisión, a fin de resguardar el derecho a la doble instancia o doble conforme (artículo 8.2.*h* de la CADH),[9] teniendo en cuenta que éste sólo se satisface asegurando un recurso amplio y no la posibilidad de interponer un recurso extraordinario, lo que generaría un espiral recursivo sin solución.[10]

3. Garantia del *ne bis in idem*

En su formulación clásica, la garantía del *ne bis in idem* implica la imposibilidad de doble persecución penal conjunta o sucesiva por un mismo hecho luego de

---

[7] "Informe de admisibilidad 5/02, Petición 12.080, Sergio Schiavini y María Teresa Schnack de Schiavini", del 27 de febrero de 2002, citado por Julieta Di Corletto, o. cit., p.27.

[8] CS, agosto 10-1999, Verbitsky, Horacio y otro, cit., en SJP LL del 27 de septiembre de 1999, pp. 2 y ss.

[9] Julio B. J. Maier: *Derecho procesal penal*, tomo I: *Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, p. 632.

[10] La Comisión Interamericana sostuvo en el informe 55/97 (caso 11.137, "Albella") que el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema, y, como a través de su vía no se revisa el procedimiento, ni se advierte sobre incorrecciones de idoneidad o legalidad probatoria, y menos aún se posibilita con la medida del "recurso sencillo y breve", ese mecanismo extraordinario del sistema procesal no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia.. Citado por Alfredo Osvaldo Gozaíni: *Derecho procesal constitucional. El debido proceso*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 478.

una sentencia dictada en el marco de un proceso válido. Constituye una garantía de seguridad individual, propia de un derecho penal liberal, de un estado de derecho. "La idea fundamental […] es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad".[11]

En nuestra Constitución nacional dicha garantía no se encuentra expresamente regulada, pero surge implícita del juego armónico de los artículos 33, 18 y cc. del mismo texto supremo.[12] En la Constitución de la Provincia de Buenos Aires se encuentra prevista específicamente en el artículo 25, en una formulación amplia en el sentido que "nadie será encausado dos veces por un mismo delito".

Nuevamente, la incorporación de los tratados internacionales de los derechos humanos al bloque constitucional (1994, artículo 75 inciso 22) despejó toda duda acerca del carácter federal de la garantía enunciada, al resultar reconocida en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos". Del mismo modo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 nº 7 establece: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Queda así consagrada la garantía enunciada tanto en el ámbito interno como en el sistema americano de derechos humanos, orientada, como no es necesario aclarar, a proteger a quien soporta el enjuiciamiento penal como imputado.

Ahora bien, recientes pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos parecen relativizar la garantía como consecuencia del alcance otorgado al derecho de la víctima al "recurso efectivo" (artículo 25 CADH); así en los casos *Bulacio c. Argentina*[13] y *Barrios Altos, Chimbipuma Aguirre y otros c. Perú*.[14] La doctrina que emana de sendos fallos se puede sintetizar del siguiente modo: el Estado debe dar a las víctimas y a sus familiares la oportunidad de ejercer el derecho a la verdad y, más ampliamente, el derecho a la justicia. Ello implica la obligación del Estado no sólo de investigar los delitos, sino de castigar a los culpables por *graves violaciones a los derechos humanos.* En estos supuestos, frente a una petición de los afectados, si los procesos fueron conducidos en violación a las normas de la Convención, la Comisión o la Corte Interamericana podrían ordenar *la anulación de los efectos de los fallos judiciales dictados a favor de los imputados, aun cuando éstos gozaran de cosa juzgada*. En palabras de la Corte: "son inadmisi-

---

[11] Maier: o. cit., pp. 595 y ss.

[12] Fallos CSN, t. 248, p. 232, entre otros.

[13] Corte IDH, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

[14] Corte IDH, Serie CN, sentencia del 14 de marzo de 2001.

bles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos". En el mismo sentido descalifica "los procesos conducidos al fracaso desde su inicio" y la falta de imparcialidad del órgano jurisdiccional encargado de juzgar.

En la confrontación demostrada no solamente debe verse la afectación de los derechos del imputado a la inmutabilidad de la sentencia firme, sino también el interés de todos por la seguridad jurídica, la paz social y la certeza de las decisiones judiciales. Frente a ello se denuncia que, en determinadas condiciones —esto es, *en casos de violaciones graves a los derechos humanos*—, "la validez de sentencias absolutorias basadas en procedimientos contrarios a las normas de la Convención conduciría a un estado de injusticia tan insoportable, que la pérdida de seguridad jurídica sería mínima.[15]

Propuesta de solución para los casos 2 y 3

Como quedó expuesto en los casos de las garantías de la doble instancia y el *ne bis in idem*, existe mucho más que una mera tensión entre los derechos del imputado y de la víctima en un proceso penal, ya que en realidad en algunos casos el reconocimiento de los derechos de uno lleva a la negación o disminución de los del restante sujeto procesal. Tal como señal Julieta Di Corleto: "El reto para estos dos sistemas de leyes [el derecho procesal penal y el derecho internacional de los derechos humanos] es el de interactuar armoniosamente cuando en un proceso penal se investigan violaciones graves a los derechos humanos […] El derecho penal doméstico está pensado para la investigación de crímenes comunes y no para violaciones graves a los derechos humanos. Por su parte, en el derecho internacional, el afectado es siempre una víctima del Estado y no de una persona individual".[16]

De este modo se impone esbozar una hipótesis de solución que transite por la utilización de criterios que respondan al derecho internacional de los derechos humanos, como, por ejemplo, el principio *pro homine* y el de priorizar determinados valores con sujeción al derecho convencional, sin que ello implique establecer una jerarquía abstracta de prelación.

En primer lugar debemos repasar lo dicho en la introducción, en el sentido de que el derecho internacional de los derechos humanos y el proceso penal no siempre coinciden en sus objetos de estudio, análisis y resolución. Podemos distinguir dentro del derecho internacional la protección y el reconocimiento de ciertos *derechos convencionales* (propiedad, derechos laborales, etc.) y otros que por su intensidad cons-

---

[15] Di Corleto: o. cit., pp. 34-35.

[16] Ibídem, p. 22.

tituyen *graves violaciones a los derechos humanos*. Esto no implica crear categorías de derechos, por cuanto todos son reconocidos por igual en los tratados, sino admitir situaciones distintas. La afectación del derecho a la propiedad podría implicar una violación al derecho convencional, pero no constituye una grave violación a los derechos humanos, como lo son por ejemplo "la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas".[17] En el mismo sentido parece entenderlo Juan Méndez cuando señala: "[…] es admisible una amnistía que cubra las violaciones relativamente leves cometidas por las fuerzas del orden, como arrestos arbitrarios y malos tratos leves, pero la amnistía que ponga fin al conflicto no debe cubrir ni crímenes de guerra ni crímenes de lesa humanidad".[18] Así el Estado signatario podrá eventualmente asumir responsabilidad frente a la víctima cuando no asegure su derecho a la propiedad por haberse realizado un procedimiento interno expropiatorio no respetuoso del debido proceso reconocido por el derecho internacional, pero ello no habilitaría en su caso para la anulación de los procedimientos luego de producida la cosa juzgada.

Llevándolo a la esfera penal, en la investigación de un robo cometido por un particular, la víctima no podría provocar un pronunciamiento de la Corte IDH por habérsele negado el derecho a interponer un recurso de casación contra la sentencia absolutoria o a la condena del inculpado favorecido por los plazos de prescripción, habida cuenta de que el proceso no tenía por objeto una grave violación a los derechos humanos en la que se encontraran comprometidos funcionarios públicos (por ejemplo, policías, personal militar o del servicio penitenciario, etc.).

De manera tal, podemos concluir que las interpretaciones de la Convención y Corte IDH en materia de derechos de la víctima, en especial el desarrollo referido al derecho al "recurso efectivo", sólo podrá enervar los derechos concedidos por los tratados a los imputados en causa penal si se hubieran incoado los procesos por *graves violaciones a los derechos humanos* y hubieran participado en ellos personas sobre las cuales los Estados tienen una responsabilidad especial por su calidad de funcionarios públicos.

En ambos pronunciamientos enunciados (*Bulacio* y *Barrios Altos*) se hace expresa referencia a la obligación de los Estados frente a *graves violaciones de los derechos humanos cometidas desde el Estado o con su aquiescencia*.

---

[17] Corte IDH, "Barrios Altos", cit., párr. 48. A dicha enunciación podrían agregarse los crímenes de guerra y lesa humanidad. En el trabajo citado de Di Corleto se cita la opinión del relator especial de Naciones Unidas Theo van Boven, quien considera que "la noción de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales tendrían un sentido limitado si se intentara definirlo con precisión". Ibídem, p. 26.

[18] "Derecho a al verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos", en AA. VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 2004, p. 536.

De otro modo, dichos derechos no podrán oponerse frente a un particular imputado por un delito "común", por cuando deben prevalecer aquéllos otorgados por el mismo sistema de protección americano, tales como el debido proceso, el principio de inocencia, el doble conforme y el *ne bis in idem* (artículos 8.2.*h* de la CADH y 14 del PIDCyP)

Si el derecho internacional de los derechos humanos le reconociera a la víctima solamente el derecho a la verdad, en el sentido de garantizarle su participación en un proceso que determine lo sucedido en el hecho que lo tuvo como damnificado, el conflicto *entre el Estado* como garante de dicho derecho y *el sometido a proceso* debe resolverse en función del principio *pro homine* a favor de la máxima protección del imputado. Sin embargo, ello no es tan claro, ya que el derecho convencional, como hemos visto, le reconoce a la víctima el derecho a la sanción penal como forma de reparación.

Según Mónica Pinto, "El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria".[19] A su vez, en los casos de conflictos como los aquí estudiados es válido recurrir a él, ya que, como señala esta autora: "Los derechos y libertades de terceros o los derechos y reputación de otros como pauta de limitación traducen la existencia de un conflicto que debe resolverse a favor de los derechos de los unos limitando los derechos de los otros. Para ello, debe atenderse el principio de no discriminación y al reconocimiento de la dignidad humana. Sin embargo, respetando el principio *pro homine*, se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía".

4. Derecho a confrontar los testigos de cargo

El artículo 8.2.*f* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3.*e*, en una fórmula más amplia, establece que "durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: […] 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".

---

[19] "El principio pro homine…", en AA.VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp.163 y ss.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia entienden que dichas formulaciones implican, en la práctica, que por lo menos una vez el imputado y su defensa puedan interrogar a los testigos de cargo, por lo que, si dicho testimonio fue producido durante la investigación penal preparatoria sin la notificación previa del defensor y luego en el debate el testigo no comparece, no podrá utilizarse aquél a través de su lectura, para fundar una sentencia de condena, puesto que ello impide su confrontación.[20]

Aunque la norma no parece presentar objeciones en los casos de los testigos que no comparecen al juicio oral, la cuestión se hace compleja en el caso de que el testimonio en cuestión sea el de un niño, ya que, en especial en los procesos en que resultan víctimas de abuso sexual infantil, se ha generalizado la inconveniencia de someter a los menores a una nueva victimización a través de su declaración en el debate oral, donde deben enfrentar a su denunciado y revivir las particularidades del delito que los tuvo como damnificados, ello al amparo del denominado "interés superior del niño" emergente de la Convención sobre los Derechos del Niño integrada a la Constitución a partir de 1994 (artículo 75 inciso 22).[21]

Aquí se plantea nuevamente el conflicto entre el derecho del imputado a confrontar los testigos de cargo y el del niño-víctima de abuso sexual de no ser sometido al *cross examination* que supone el juicio oral, ambos contemplados en el derecho convencional y amparados por el sistema americano de protección de los derechos humanos.

Si bien no existe pronunciamiento de la Corte ni de la Comisión IDH al respecto, resulta válido mencionar lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *P.S. c. Alemania*, del 29 de noviembre de 2001, puesto que a falta de jurisprudencia del sistema americano es posible recurrir a los precedentes de los órganos de aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos, como instrumento auxiliar de interpretación de la CADH, en la medida en que el derecho se encuentre reconocido de manera similar en ambos tratados.[22] En el caso de mención el imputado había sido condenado por abuso sexual a un menor, basándose en las declaraciones de la madre y de la agente de la policía ante la cual aquéllas se habían

---

[20] Véase Sabrina Namer: "Abasto vs. Novoa", LL 2000-F,910; José Cafferata Nores: "La lectura en el debate de las declaraciones testimoniales recibibidas durante la instrucción", en *SJP* LL del 23 de septiembre de 2003, p.1.

[21] Augusto Diez Ojeda realiza un exhaustivo análisis del principio dotándolo de contenido concreto en su comentario a fallo titulado "El interés superior del niño: necesidad de su reglación legal", *Suplemento de Derecho Constitucional, La Ley*, 28 de mayo de 1999, pp. 7 y ss. Resulta muy importante relevar el fallo comentado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por cuanto todos los jueces invocan el interés superior del niño, aunque arriban a tres conclusiones distintas e irreconcilables entre sí.

[22] Art. 8.2.f de la CADH y 6.3.d de la CEDH. Véase Luis M. García: "La nota del tribunal imparcial…", LL 1999-F,223, y "El Derecho a interrogar a los testigos de cargo…", en *SJP* LL del 23 de septiembre de 2002, p. 4.

formulado. Se rechazó el interrogatorio de la víctima porque se podía dañar al menor, confirmándose su credibilidad mediante dictamen pericial. Según reseña Kai Ambos: "El Tribunal Europeo confirmó, en consonancia con su jurisprudencia consolidada, que un derecho de defensa efectivo exige que en cualquier momento del proceso el acusado tenga la posibilidad de poner en duda la credibilidad de un testigo de cargo y formularle preguntas. En los casos de legítima protección a víctimas y testigos, *la valoración global necesaria* para determinar si el proceso ha sido un juicio justo exige una *ponderación* con los intereses de la defensa. Las dificultades que surgen con la limitación del derecho de defensa se deben compensar en el transcurso del proceso. En todo caso se produce una violación del artículo 6 (CEDH) cuando la condena *se basa solamente o en una gran medida* en la declaración de un testigo".[23]

A diferencia de lo planteado en los casos I y II, aquí no existe un conflicto que implique una grave violación a los derechos humanos en la que se encuentre involucrado el Estado, ya sea por la inacción de los órganos de persecución o por la participación directa de algún funcionario (vg. policía, servicio penitenciario, etc.), es decir, un particular (víctima) contra el Estado, sino de un encuentro de los intereses de las dos partes de un proceso penal, a las que les asisten por igual garantías previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es evidente, entonces, que no se puede considerar —a priori— un interés por encima del restante, por lo que resulta conveniente ponderarlos o balancearlos y establecer una solución concreta con la mínima lesión posible a alguno de ellos. Se deberá verificar entonces si el defensor no fue citado durante la declaración del menor en la instrucción, o si prescindió de reclamar tal derecho, o si es posible obtener un testimonio en el debate sin la presencia directa de la defensa, la que podría efectuar preguntas por escrito, etc. Luego de ello, determinar si, de un modo o de otro, la falta de confrontación del testigo es imputable al Estado por la organización propia de su sistema de justicia o a la actividad de la parte.

En el caso en concreto, Luis M. García destaca que "el interés superior del niño […] no define un contenido normativo abstracto, sino una dirección axiológica en la interpretación de un eventual conflicto entre los intereses concretos del niño de los que en cada caso se trata, y esa supremacía frente a los intereses de otras personas, en el caso, los de la defensa del imputado. Por un lado debe rechazarse la existencia de un principio general que predique que siempre el interés del niño es superior a otros e impone prescindir de su interrogatorio en el juicio […] Como he adelantado, el Estado puede tener buenas razones para proteger al niño y no someterlo a un interrogatorio judicial, pero en ese caso es la acusación la que debe cargar con el déficit de prueba y no el imputado".[24]

---

[23] "Lineamientos europeos para el proceso penal (alemán). Análisis con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el período 2000-2003", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, *2004*, tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004, pp. 761 y ss.

[24] "El derecho a interrogar a los testigos de cargo…", o. cit., pp.15,18.

Por último, cabe destacar que son de aplicación al caso en examen las apreciaciones efectuadas en relación con el principio *pro homine*, que impone en cada caso en particular evaluar si debe ceder el derecho del imputado o el del Estado en su rol de perseguidor penal, puesto que en este caso no existe la posibilidad de obligar al menor a declarar, lo que eventualmente podrá conducir a la absolución del inculpado.

Susana Falca (Uruguay) *

El control jurisdiccional de la ejecución de la sanción en el proceso de naturaleza penal juvenil **

1. Introducción

Este es un tema muy complejo, con muchos aspectos a considerar, algunos de ellos muy teóricos y que no aún no han salido —al menos en Uruguay— del ámbito de la discusión y/o elaboración teórica doctrinaria, y a los cuales no dedicaré más que algunas referencias previas. Por ejemplo, si es necesario o no que se cree la figura del *juez de la ejecución*, un juez que esté exclusivamente a cargo de la etapa de ejecución de la sentencia en materia de responsabilidad penal juvenil. No obstante, centraré mi exposición en qué está pasando hoy en la práctica con el control judicial de la sanción en un proceso de esta naturaleza y si existen o no textos legales nacionales e internacionales que establezcan que el control judicial debe estar en manos de los jueces letrados de menores en Montevideo y de los jueces letrados en lo penal y de menores en el resto del país.

Me referiré al control judicial en la privación de libertad. Esto no significa postular que dicho control no deba extenderse a las otras modalidades de sanción judicial distintas de la privación de libertad, pues en ellas también pueden ocurrir situaciones de vulneración de derechos. Sin embargo, tenemos que reconocer que la posibilidad de que esto suceda en un ámbito abierto es más reducida, dado que el adoles-

---

* Abogada. Integrante de la organización Infancia, Adolescencia Ciudadana (IACi), de defensa y promoción de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Asesora legal de la Fundación Centro de Educación Popular y del Programa de libertad asistida Opción. ‹sufalca@internet.com.uy›

** El presente artículo fue presentado bajo el título "El control jurisdiccional de la ejecución de la sanción en el proceso de niñas, niños y adolescentes" en el seminario "Niñas, niños y adolescentes privados de libertad en el Uruguay", realizado los días 18 y 19 de agosto de 2004, organizado por Serpaj y la Fundación Konrad Adenauer. El cambio se debe a la aprobación parlamentaria, el 26 de agosto, del Código de la Niñez y Adolescencia, por el cual se establece —como criterio de política criminal— el límite de los trece años de edad para exigir responsabilidad penal limitada, por lo que los niños y niñas quedan excluidos de cualquier proceso judicial de esta naturaleza.

cente está en libertad, está en su casa, en contacto con más gente que puede ejercer —y de hecho lo hace— otros tipos de control más directos y que tienen carácter de preventivos. Lo mismo ocurre con los jueces, quienes pueden ejercer el control sobre cómo se viene cumpliendo la sanción dispuesta por ellos de forma más fluida.

Una tercera precisión tiene que ver con el concepto de *privación de libertad*, que se define, de acuerdo con la regla 11, literal *b*, de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, como:

> […] toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

En este sentido, cuando hablo de control judicial también hago referencia al control que debe realizar el juez de menores sobre todos los establecimientos públicos y privados en los que se encuentren niños, niñas y adolescentes, sin importar las causas por las que están allí.

Por último, este tema del control judicial está íntimamente ligado con la finalidad de la sanción privativa de libertad; de él depende que la mentada finalidad educativa funcione en el encierro. Podemos tener diferentes visiones y/o posiciones ideológicas al respecto, pero la ley dice que ésa es la finalidad de "la medida"[1] aplicada a los adolescentes en nuestro país en un proceso judicial de esta naturaleza.

2. ¿Quién realiza este control?

El control de la ejecución de la sanción debe estar —y está— en la órbita jurisdiccional. Es el juez de menores y no otro quien debe controlar el cumplimiento de la sanción y las condiciones en que se cumple, con especial cuidado cuando se trate de la privación de libertad.

Esto parece obvio, pero no siempre lo obvio es visible y pacíficamente admitido. Cuando estábamos trabajando en el proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia (1998), éste fue un tema en el que se planteaban diferencias de criterios. Algunas autoridades reclamaban que el control de la ejecución de la sanción estuviera en manos del Instituto Nacional del Menor (INAME), pues sostenían que en definitiva es el encargado de la gestión o administración del encierro. Finalmente se consagró en el proyecto que es a los jueces letrados de adolescentes a quienes corresponde el control sobre la ejecución de la "medida educativa", actividad en la que quedan comprendidos los actos destinados a promover el cumplimiento de las medidas y el trámite y la decisión de las cuestiones sobrevinientes.[2]

[1] El término *medida* aparece entrecomillado pues así figura en la ley. Prefiero hablar de *sanción*, para evitar confusiones entre aquellas medidas de protección que se deben tomar frente a la vulneración de derechos y la sanción que se aplica en un proceso por infracción a la ley penal.

[2] El 26 de agosto se aprobó el Código de la Niñez y Adolescencia, que al escribir estas líneas no ha sido promulgado por el Poder Ejecutivo.

En el 2004 sigue siendo necesario insistir en el control judicial de esta etapa del proceso, pues en la práctica es una cuestión que ofrece dificultades. El control es escaso y en definitiva sigue planteando diferencias, de lo que se derivan perjuicios para quienes son los sujetos pasivos de una sanción, es decir, los adolescentes. Es necesario comenzar por ver cuál es el respaldo legal de los que sostenemos que es el juez quien tiene que ejercer este control, como parte fundamental su función jurisdiccional.

Actualmente, el marco legal está dado por una batería de normas jurídicas establecidas en distintos textos nacionales e internacionales vigentes en nuestro país.

En primer lugar, la Ley Orgánica de la Judicatura (ley 15.750), en su artículo 2º, dice que los jueces tienen la potestad de conocer en los asuntos que se les sometan y de hacer ejecutar lo juzgado en la forma que en cada caso corresponda. Esta potestad pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley. Por lo tanto, se trata de una función propia del juez, que tiene que hacer cumplir lo ordenado por él.

Es una función jurisdiccional que en Uruguay corresponde a los jueces letrados de menores (en Montevideo) y a los jueces letrados en lo penal y de menores en el resto del país. Cualquier omisión en el ejercicio de esta función que inflija un daño al adolescente privado de su libertad pone en juego la responsabilidad constitucional del juez, emergente del artículo 23 de la Constitución, que dice:

> Todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca.

En segundo lugar porque el juez de menores tiene por disposición del Código del Niño todavía vigente una función de *vigilancia* que cumplir. En efecto, el artículo 113 en su numeral *b* establece:

> Atender las quejas y denuncias que se le formulen con respecto a malos tratamientos, reclusiones indebidas, castigos exagerados aplicados a menores por los padres, tutores, encargados o institutos de enseñanza o beneficencia y adoptar todas las medidas necesarias para evitar la repetición o continuación de los hechos que se hayan producido en perjuicio de los menores.

Por su parte, el literal *d* del mismo artículo dice que le corresponde:

> […] inspeccionar los establecimientos destinados a albergue o educación de menores, adoptando las medidas que juzgue oportunas para evitar los abusos o defectos que notare.

Por último, el literal *e* señala que le compete:

> Ejecutar todos los demás actos que fuesen pertinentes para la protección de los menores, como lo haría un buen padre de familia.

No importa si se lee este artículo desde una posición tutelar o en clave de derechos humanos. En cualquier caso, la obligación del juez está claramente establecida.

Al respecto el Código de la Niñez y Adolescencia, recientemente aprobado por el Parlamento,[3] establece:

> IV. Principios de la ejecución
>
> Artículo 99 (Supuestos de la ejecución). La actividad procesal de ejecución de las medidas educativas, comprende los actos destinados a promover el cumplimiento de las medidas y el trámite y la decisión de las cuestiones sobrevinientes.
>
> Artículo 100 (Control que ejercen los Jueces competentes). Son cometidos de los Jueces Letrados de Adolescentes:
>
> 1) Vigilar los casos en los que han recaído medidas educativas dispuestas por sentencia ejecutoriada, hasta el término de su cumplimiento.
> 2) Entender por audiencia y con intervención del defensor y Ministerio Público, las reclamaciones de los adolescentes durante el período de ejecución de las medidas, tanto en los establecimientos, como fuera de ellos.
> 3) Visitar, por lo menos cada tres meses los centros de internación, dejando constancia en el expediente respectivo del resultado.
>
> Sin perjuicio de lo que antecede, podrá realizar inspecciones cada vez que lo considere oportuno.
>
> En ambos casos, tomar las medidas que más convengan al interés superior del adolescente.
>
> 4) Dar cuenta a la Suprema Corte de Justicia en los casos que se constaten irregularidades graves.

En tercer lugar, y muy indirectamente, la ley 16.707, en su artículo 25 numeral 8, establece la competencia del juez del lugar de la internación del menor —así lo expresa el texto— para entender en el cese, la sustitución o modificación de la medida. La ley le está otorgando al juez de menores el control de la sanción, en este caso de la privación de libertad.

En este mismo sentido, la reciente acordada de la Suprema Corte de Justicia (nº 7517) también hace referencia al control judicial en la etapa de ejecución, cuando en su artículo 10 establece la realización de audiencias evaluatorias cada seis meses cuando se imponga la sanción de privación de libertad superior a un año.

Esta misma acordada pone fin a la confusión generada en la práctica acerca de la competencia en materia de cese, sustitución o modificación de la medida, y establece claramente que ello compete al juez del lugar de la ejecución de la sanción.

3. ¿Por qué es tan importante este control?

El control de la ejecución de la sanción es fundamental, en primer lugar, porque estamos hablando de personas menores de edad, que de acuerdo con la CDN[4] son sujetos de derechos y, por ende, titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución de la República y demás instrumentos internacionales de derechos hu-

---

[3] Aún sin promulgación.

[4] CDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificada por Uruguay mediante la ley 16.137 (1990).

manos. Estos derechos no deben verse afectados porque se someta al adolescente a un procedimiento judicial por infracción a la ley penal.

La segunda razón, en palabras de Juan Bustos Ramírez,[5] es que "la ejecución de las sanciones ha de estar siempre presidida por el deber de protección del Estado respecto al desarrollo de la personalidad de los menores de edad".

La tercera es que las condiciones en que se cumple la sanción de privación de libertad pueden vulnerar derechos; de hecho, por mejores que sean las condiciones, en el encierro siempre se vulneran derechos. Al afectarse seriamente el derecho a la libertad ambulatoria, se están afectando otros derechos fundamentales del adolescente, como, por ejemplo, *el derecho a vivir con su familia*. En el Preámbulo de la Convención se dice que la familia es el elemento básico de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, y se reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad éstos deben crecer en el seno de la familia. Por otra parte, ya en el articulado de la Convención (artículo 9º) se expresa que únicamente por motivos de maltrato o descuido el niño podrá ser separado de su familia, por resolución judicial fundada y de conformidad con la ley. Asimismo, la protección de la familia y de sus miembros se encuentra consagrada en nuestra Constitución, artículo 40.[6] De modo que, al privar de libertad a un adolescente, ya se le está vulnerando un derecho básico que es la convivencia con la familia o núcleo referente.

Debido a ello y para contrarrestar las posibles vulneraciones de derechos que la privación de libertad conlleva implícitamente y los efectos negativos que esto produce en el adolescente —sobre los cuales existe abundante literatura—, existe una batería de instrumentos internacionales de derechos humanos, vigentes en Uruguay, que establecen garantías, entendidas como las define Luigi Ferrajoli: "vínculos normativos idóneos para satisfacer y asegurar la vigencia de derechos subjetivos".[7]

Esto de los *vínculos normativos idóneos* significa sencillamente que el juez está sometido a la *norma jurídica*, y la norma establece derechos para las personas; por consiguiente, el juez debe hacer respetar esos derechos. Ése es el mandato vinculante de la norma hacia el juez.

En este sentido, debe interpretarse el artículo 37, liberal *b*, de la CDN: el recurso de la privación de libertad debe ser el último a utilizar y por el menor tiempo posible. Este artículo no es una expresión de deseo ni una directiva de orientación a

---

[5] Juan Bustos Ramírez: "Un derecho penal del menor", en *Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal del menor*, Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992, p. 9.

[6] Artículo 40 de la Constitución: "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los dentro de la sociedad".

[7] Luigi Ferrajoli, citado por Laura Martínez Mora-Mora Charlebois: *La privación de libertad de adolescentes en el derecho Internacional y en las legislaciones de Costa Rica, España y Chile*, UNICEF, 2003.

los jueces; es una *norma jurídica que describe derechos* cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia.

También el literal *c* del mismo artículo establece:

> Todo niño privado de su libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad.

El *tener en cuenta las necesidades de las personas menores de edad*, además de ser una de las expresiones de la autonomía progresiva de los niños, es uno de los principios estructurantes de la CDN, según el Prof. Miguel Cillero; "por tanto, es una limitación, una obligación y una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades y los padres",[8] que los jueces deben tomar en cuenta cuando ejercen el control judicial.

Las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad desarrollan este punto especialmente en lo que tiene que ver con las necesidades de los adolescentes en el encierro: el derecho a la privacidad; el derecho a no tener injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar; el derecho a satisfacer las necesidades físicas, espirituales, recreativas, culturales; la atención médica, el contacto con la comunidad, los procedimientos disciplinarios y la formación en derechos humanos del personal a cargo de los adolescentes, de manera que la intervención sea garantista.

Si las condiciones del encierro no garantizan el efectivo ejercicio de estos derechos de los adolescentes, evidentemente estamos frente a una violación de derechos. Y frente a una violación de derechos ¿a quién recurrimos para su restitución? ¿Quién es la autoridad competente en un Estado de derecho para preservar un derecho amenazado o restituir un derecho vulnerado, si no lo es el juez de menores?

Cuando el juez de menores decide privar de libertad —sea como medida preventiva o como consecuencia de una sentencia definitiva—, *tiene la responsabilidad* de ejercer un fuerte control de las condiciones en las que el adolescente vivirá en el encierro por él ordenado. De lo contrario está delegando en la autoridad administrativa una función propiamente jurisdiccional y, lo que es peor, renunciando a su función de garantía de los derechos humanos.

El control no debe quedar sólo en los informes que solicita a la autoridad que administra el encierro. Debe constatar personalmente que las condiciones físicas del lugar sean acordes a la dignidad humana: espacio suficiente, luz, actividades que el adolescente efectivamente realiza, si son ciertamente voluntarias o de lo contrario se lo excluye del sistema de convivencia, si tiene espacios de recreación o pasa 23 horas diarias encerrado en su celda, si tiene contacto real con su familia, etc.

El juez debe entender en las quejas o denuncias que reciba del adolescente y tomar medidas de protección ante probables violaciones de sus derechos en el encierro.

---

[8] Miguel Cillero Bruñol: "Garantías, dogmática jurídica y minoría de edad penal. Actualidad del pensamiento penal ilustrado", *Justicia y Derechos del Niño*, nº 5, UNICEF, 2003.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Informe General sobre la Justicia de Menores, sugiere a los Estados partes la instrumentación de mecanismos sencillos e independientes para garantizar visitas periódicas a las instituciones y una vigilancia efectiva sobre ellas como forma de prevenir los malos tratos.

Por su parte, el Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la observación general de 21 de abril de 1992, sostuvo que "el confinamiento solitario prolongado de la persona detenida o presa puede equivaler a actos prohibidos por el artículo 7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos". Por lo tanto, el confinamiento solitario o el aislamiento de un niño constituye, en relación con el artículo 37 de la CDN, un problema que rebasa las cuestiones relativas a la restricción de la libertad. Recordemos que el artículo 7 del PIDCP establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En la observación, el Comité define que esta prohibición se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral.

El control judicial debe ejercerse hasta en cómo se aplica un reglamento de carácter disciplinario en el encierro. Actualmente, ¿qué control ejerce el juez sobre el reglamento vigente? Cuando el juez toma conocimiento de que se le ha aplicado una sanción a un adolescente privado de libertad, lo hace tarde, porque la autoridad administrativa informa de ella una vez realizado el procedimiento administrativo previsto para estos casos. No hay pues, ningún control judicial previo a la imposición de la sanción; ésta es de resorte administrativo exclusivamente. El juez no sabe quién la dispuso, qué oportunidad tuvo el adolescente de hacer sus descargos debidamente asesorado por su defensor/a ni quién graduó la sanción con respecto a la falta que se le imputó al adolescente, todas éstas cuestiones que hacen a la legalidad del debido proceso. Tampoco tiene incidencia de control sobre cuáles son las condiciones en que cumple la sanción impuesta por su falta al reglamento de disciplina interna; si como consecuencia el adolescente es trasladado a otro establecimiento, se enterará de cuál y por cuánto tiempo después que el traslado se efectivizó. Evidentemente, en estos casos el control del juez en la ejecución de la sanción por él dispuesta —es decir, la privación de libertad— no existe.

Las medidas de protección que debe tomar el juez en su función de control pueden ser de carácter *general y preventivo*, como supervisar que existan mecanismos e instrumentos facilitadores del ejercicio de los derechos de los adolescentes en el encierro: si hay un mecanismo que permita el efectivo contacto del adolescente con su familia, con sus amigos, con la comunidad, con su defensor/a; con qué mecanismos de participación efectiva cuenta para llevar a cabo sus actividades tanto educativas como recreativas y qué participación tiene en ámbitos de decisión.

Otras medidas de protección, en cambio, son *específicas* cuando se trata de restablecer derechos vulnerados: medidas que garanticen la recuperación y rehabilitación física y psicológica de quienes han sido víctimas de maltrato, o aquellas que tiendan a evitar la continuidad en esa situación, como un cambio de establecimiento o decretar la libertad del adolescente.

4. La función de garantía

La función jurisdiccional, además de cumplir con la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, conforme a la ley, en cuanto a su procedimiento y contenido, implica *cumplir con una función de garantía*, por cuanto —como dice el Prof. Perfecto Andrés Ibáñez— "el juez debe ser el garante de los derechos humanos".[9]

Esta función de garantía es un nuevo componente de la actividad jurisdiccional de los jueces que se desarrolla a partir del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, a mitad del siglo XX y sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial.

Estas nuevas corrientes de la dogmática jurídica provocan cambios en todas las áreas del derecho, especialmente en el derecho penal, donde emergen las garantías como verdadero límite al poder punitivo del Estado.[10]

El ideal garantista que queremos se plasme en las nuevas legislaciones sobre los derechos de los niños y que la Convención de los Derechos del Niño ha recogido tiene que ver con esta concepción jurídica de la nueva función de garantía de la actividad de los jueces.

Ello no significa que actualmente los jueces carezcan de textos normativos que funden su actividad jurisdiccional de control durante la ejecución de las sanciones aplicadas a los adolescentes. Como vimos, abundan los textos legales nacionales e internacionales: Constitución de la República, CDN, leyes, códigos y acordadas, así como también las Reglas de las Naciones Unidas, que recogen e interpretan los principios consagrados en convenciones y tratados de derechos humanos tanto del sistema de protección universal como del sistema interamericano, cuyos textos fueron ratificados por Uruguay.

Sostener lo contrario respecto al valor de estos instrumentos, reglas y directrices sería desconocer los derechos consagrados en la CDN, en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales los niños, niñas y adolescentes de Uruguay son titulares por su condición jurídica de sujetos de derechos.

En definitiva, también sería desconocer las obligaciones del Estado uruguayo como miembro de la ONU en cumplir con la promoción de los derechos humanos tal como lo establecen la Carta de este organismo y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo valor como norma jurídica vinculante ha quedado establecido después de la Proclamación de Teherán en 1968 y de la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993.

---

[9] Perfecto Andrés Ibáñez: *Claves de Razón Práctica*, nº 90, "Garantía judicial de los derechos humanos".

[10] Cillero Bruñol: o. cit.

V. Derecho internacional público

- *Juan José Martín Arribas (España)*
  ¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI?

- *Heber Arbuet-Vignali (Uruguay)*
  Soberanía, constituciones y comunidades.
  Algunos otros aportes a un enfoque europeo

- *Kai Ambos (Alemania)*
  Inmunidades en derecho (penal) nacional e internacional

Juan José Martín Arribas (España) *

¿Hacia un derecho internacional global en los albores del siglo XXI? **

1. Consideraciones generales

La *sociedad internacional tradicional*, nacida tras los Tratados de Westfalia de 1648, era, en palabras de Gutiérrez Espada,[1] reducida, homogénea y eurocéntrica. Reducida porque sus componentes superaban en muy poco la cifra de los cuarenta Estados. Homogénea, porque no existían o no se manifestaban entre sus miembros las profundas divisiones económicas y políticas. Eurocéntrica, porque la sociedad extraeuropea, o bien se había europeizado —como ocurrió en gran medida con el continente americano—, o bien gravitaba en torno a Europa, o bien permanecía al margen de la sociedad. En esa sociedad tradicional se configuró un ordenamiento jurídico que se caracterizaba por ser liberal, descentralizado y oligocrático. Lo primero porque sus normas se preocupaban fundamentalmente de distribuir las competencias entre Estados y de regular las relaciones entre ellos. Lo segundo, puesto que el fenómeno de las organizaciones internacionales sólo se conoció muy incipientemente. Y lo tercero, al estar concebido por las grandes potencias para satisfacer sus particulares intereses.[2]

---

* Profesor titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario sobre la Integración Europea. Universidad de Burgos (España). ‹jjmartin@ubu.es›

** En gran medida, el conjunto de las reflexiones que se expresan en este trabajo es fruto de la preparación del *cours magistral* sobre *Le droit international de la solidarité globale: ses caractéristiques par rapport au droit international classique*, que en enero de 2003 impartí en el Institut des Hautes Études Internationales, de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París.

[1] Cf. Cesáreo Gutiérrez Espada: *Hacia un compendio de derecho internacional público,* 3ª ed., PPU, Barcelona, 1992, p. 35.

[2] Y en el que era lícita la utilización de la fuerza armada y la colonización de —en palabras de Lorimer— los salvajes y el establecimiento, en los países "bárbaros", de cesiones en arriendo, contingentes armados extranjeros, regímenes de capitulaciones y protectorados. Cf. Antonio Remiro Brotons: *Derecho internacional público. 1. Principios fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 33. Por su

Con el orden internacional surgido de la Segunda Guerra Mundial, fue fraguándose un nuevo *ente societario*, denominado *contemporáneo*, que, en opinión de Truyol,[3] presentaba, como grandes peculiaridades, los rasgos de universal, heterogéneo e interdependiente, fruto de la aparición de un buen número de Estados socialistas, de la descolonización de los Estados afroasiáticos y de "un proceso de institucionalización y de integración que ha conducido al fenómeno de las organizaciones internacionales de todo tipo". La adaptación del DI a éstas proyectó en él una serie de singularidades que, como indica Pastor,[4] residen en su carácter social, democrático e institucionalizado. Su acusado perfil social obedece a su interés por la protección de los derechos humanos. Su particularidad democrática se vislumbra en la influencia que ejercen la abrumadora mayoría de los Estados en la creación y en la aplicación de las normas internacionales. Su marchamo de institucionalizado se observa en la prohibición general de las guerras y en la institucionalización del *ius ad bellum*, amén de la existencia de organizaciones internacionales.

Acabada la Guerra Fría floreció un *nuevo orden mundial*[5] que introdujo cambios, expectativas, amenazas y complejidades en la actual sociedad internacional, que ha encontrado la penúltima vuelta de tuerca en los atentados terroristas del 11-S y en las guerras de Afganistán y de Irak. Según el parecer de Fernández de Casadevante,[6] se caracteriza por notas tales como la universalidad, la heterogeneidad, la organización parcial, la interdependencia y la descentralización. La primera porque aglutina a la totalidad de los Estados existentes. La segunda por la diversidad de sujetos y por las diferencias que presentan entre los de la misma categoría. La tercera

---

parte, Pastor destaca las mismas peculiaridades en José A. Pastor Ridruejo: *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 60-61. Y les adiciona su carácter interestatal, permutando el último por aristocrático en José Antonio Pastor Ridruejo: "Le Droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs" (Cours général de droit international public), *RCADI*, vol., 274, 1998, p. 9-308, esp. p. 305.

[3] Cf. Antonio Truyol y Serra: *La sociedad internacional*, 8ª reimp., Alianza Universidad, Madrid, 1993, p. 81 y ss.

[4] Pastor Ridruejo: *Curso…,* o. cit., p. 61-62.

[5] Suele aludirse en este punto al orden internacional que propuso el Sr. George Bush en los inicios de los años noventa, basado en paradigmas tales como la democracia liberal, el libre comercio, el derecho de autodeterminación de los pueblos, la inviolabilidad de las fronteras y la concertación entre las grandes potencias. Acerca de estas bases, véase Philippe Moreau Defarges: *L'ordre mondial*, 2ª ed., Armand Colin, París, 2000, p. 3. Desde entonces esta expresión viene siendo muy utilizada en foros internacionales. Así, por ejemplo, el G-7 adoptó, en julio de 1991, una declaración cuyo título parece esclarecedor, "Fortalecimiento del nuevo orden mundial", en la que afirmaba, entre otras cosas, que la comunidad internacional no puede permanecer inactiva mientras los sufrimientos de un gran número de seres humanos debidos al hambre, la guerra, la opresión, los desplazamientos de los refugiados, las enfermedades o las inundaciones revisten una amplitud considerable exigiendo una respuesta urgente. Véase *Documents d'actualité internationale*, 15 de octubre de 1991, nº 20, p. 387.

[6] Cf. Carlos Fernández de Casadevante Romani: *Derecho internacional público,* Dirtex, Madrid, 2003, pp. 31-33.

debido a que carece de integración. Y, en fin, la cuarta y la quinta, que plantean entre sí una cierta contradicción, encuentran su fundamentación en la soberanía estatal.

El DI que la regula se ha visto abocado a reefectuar nuevas transformaciones para ir adaptándose a los grandes desafíos que plantea dicha realidad social, pues no cabe duda de que atraviesa una etapa marcada enérgicamente por la globalización, que se ve obligado a encarar un conjunto creciente, diverso y complejo de amenazas y desafíos para la comunidad internacional en su conjunto, y muy particularmente para los Estados y para los seres humanos. Obviamente muchos de ellos son globales y multidimensionales, por lo que, en su consecuencia, han de abordarse de forma integral y multidimensional, con respuestas coordinadas, pero respetando los desiguales esfuerzos que pueda acometer cada Estado.

En este contexto general, cabe plantearse la cuestión de saber, si, en el estado actual de la evolución que viene siguiendo el derecho internacional (DI) público, nos hallamos ante una simple prolongación temporal de éste o, si, por el contrario, ha empezado a surcar un periplo tan relevante como para contraponerse a aquél y al clásico, adquiriendo entidad propia. En pocas palabras, cabe interrogarse acerca de si estamos asistiendo al alumbramiento de un nuevo DI en los albores del XXI. Y, en caso de que la respuesta sea positiva, adentrarse en las líneas maestras de su principal diseño o, si se requiere, esbozar las grandes tendencias que lo hacen tan peculiar.

Ahora bien, antes de concretar las posibles soluciones al interrogante planteado (5), parece apropiado efectuar previamente un análisis —tan pormenorizado como lo permite la extensión a la que está condicionada esta publicación— de algunos de sus elementos más relevantes: sus sujetos (2), sus normas (3), las funciones que desempeña y las materias a las que se aplica (4).

2. Los sujetos de derecho internacional

En términos generales suele reconocerse que el DI clásico consideraba el Estado-nación como el único sujeto beneficiario de derechos y sometido a determinadas obligaciones,[7] mientras que del DI contemporáneo se indica que adiciona claramente al anterior las organizaciones internacionales y ciertas categorías subjetivas *in statu nascendi*, como, por ejemplo, las personas o seres humanos y las empresas multinacionales.

Ahora bien, ¿puede sostenerse que el actual DI va más allá? Esto es, ¿reconoce una determinada subjetividad internacional no sólo a los Estados o a las organizaciones internacionales de ámbito intergubernamental, sino también a toda una serie de

---

[7] Aun contando con algunas situaciones anacrónicas, tales como la Orden de Malta y la Iglesia Católica o la Ciudad del Vaticano/Santa Sede, o coyunturales, como los beligerantes o los insurrectos, es una de las premisas de las que parte en sus razonamientos solvente doctrina. Véase, por ejemplo, Pastor Ridruejo: "Le Droit international…", o. cit., p. 307.

componentes de la denominada sociedad civil internacional y a la propia comunidad internacional como tal? En definitiva, ¿podría sustentarse que, frente a "la relativa pobreza de sujetos"[8] que soportaba el DI en anteriores etapas, presenta, en nuestros días, una renovada y variada gama de sujetos que, de alguna manera, responde al patente "polimorfismo de la subjetividad internacional"?[9]

Previamente y antes de responder, con ciertos pormenores, a las cuestiones planteadas, parece oportuno recordar, en primer término, que, desde un prisma general y cualitativo, estos sujetos no han de presentar necesariamente una misma personalidad jurídica internacional, ni idéntica naturaleza jurídica, ni tener reconocidos los mismos derechos ni idénticas obligaciones, puesto que su naturaleza depende de las necesidades de la sociedad internacional.[10]

En segundo lugar, parece existir una gradación entre ellos, que puede obedecer a la extensión de sus competencias o a los valores e intereses que representan.[11] En este sentido cabe destacar que, en el vértice superior de una pirámide imaginaria aglutinadora de tales sujetos, se sitúa la comunidad internacional (1) por sus valores. A renglón seguido y por debajo de ella se ubican los Estados (2) como sujetos que disponen de plenas y originarias competencias internacionales no sólo como tradicionales sujetos del DI, sino por disponer de plenos derechos y ser destinatarios de deberes reconocidos por el DI. En un tercer plano se hallan las organizaciones internacionales (3), en la medida en que poseen competencias especializadas y de atribución. Mas abajo y en la base de la pirámide se encuentran los diversos componentes de la sociedad civil (4).

2.1. La comunidad internacional

Aunque hunda sus raíces históricas en las doctrinas de Vitoria,[12] puede decirse que, tan solo desde hace algunos años, se utiliza profusamente como expresión habi-

---

[8] Hace algunos años Verdross destacaba la pobreza de sujetos en el DI en relación con los sujetos en el derecho interno, añadiendo que éstos no eran más que una masa de individuos anónimos, en tanto que aquéllos constituían comunidades individualmente determinadas. Cf. Alfred Verdross: *Derecho internacional público*, traducción y bibliografía complementaria de A. Truyol y Serra, 6ª ed., 2ª reimp., Aguilar, Madrid, 1980, p. 111.

[9] Utilizando la expresión acuñada por Remiro. Antonio Remiro Brotons et al.: *Derecho internacional,* Madrid*,* McGraw-Hill, 1997, p. 41.

[10] TIJ, dictamen de 11 de abril 1949, *Réparation des dommages subis aux services des Nations Unies*, Comte Bernadotte, Recueil, 1949, p. 178-179.

[11] Cf. Carreau: *Droit international*…, o. cit., p. 32.

[12] Véanse, en tal sentido, los argumentos de Christian Tomuschat: "International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century" (Cours général de Droit international public), *RCADI*, vol. 281, 2001, p. 9-438, esp. p. 73 y ss.

tual por la opinión pública internacional,[13] por las organizaciones internacionales[14] y por numerosos Estados para justificar determinadas actuaciones en su nombre y representación o para su salvaguardia.[15] Ahora bien, cabe interrogarse acerca de si puede ser titular de derechos y de obligaciones y, en su consecuencia, si es destinataria de normas jurídicas.

En efecto, el DI ha reconocido su subjetividad internacional tanto considerándola en sentido estricto como tal,[16] como en sentido amplio, como comunidad de Estados,[17] al equipararla a la humanidad considerada en su conjunto[18] o, incluso, en el contexto de la noción de patrimonio de la humanidad.[19]

Se trata de una subjetividad compleja, hasta cierto punto novedosa y de alcance limitado o menor[20] que denota, por una parte, el creciente grado de humanización que viene consiguiendo el orden internacional; por otra, el peso constante que están alcanzando sus valores y principios solidarios amén de la persecución de objetivos comunes o comunitarios;[21] por otra, el nacimiento de nuevos paradigmas jurídicos,

---

[13] Sirva como botón de muestra la utilización que viene haciendo *Le monde diplomatique*, visitando la siguiente dirección: ‹http://www.monde-diplomatique.fr/›.

[14] El Consejo de Seguridad de la ONU, por una parte, ha dictado, con base en el capítulo VII de la Carta, la imposición de sanciones a ciertos Estados como respuesta de la comunidad internacional a actuaciones contrarias al orden internacional. Por otra, ha adoptado ciertas resoluciones en nombre de la comunidad internacional en esferas tales como la lucha contra el terrorismo y contra la proliferación de armas nucleares.

[15] Como la respuesta práctica a la invasión de Kuwait por Irak.

[16] Buen botón de muestra de la primera lo constituye la sentencia de 29 de octubre de 1997, de la Sala de apelación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, que califica las obligaciones de cooperación y de ayuda judicial de los Estados con tal tribunal como "obligaciones hacia la Comunidad internacional en su conjunto" (IT-95-14-AR 108 bis, *Blaskic*, párr. 26). Del segundo, existen ciertas resoluciones de la Asamblea General de la ONU, como la nº 2625, que prescriben los mismos derechos y deberes a los Estados como miembros de la Comunidad internacional.

[17] Como sucede, por ejemplo, con el artículo 53 de la convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

[18] Son numerosos los convenios que, regulando los espacios internacionales y el medio ambiente, inciden en esta cuestión. Un ejemplo es el artículo 1 del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la explotación y exploración y utilización del espacio ultraterrestres, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, de 27 de enero de 1967, el cual afirma que "la explotación y la utilización del espacio extra-atmosférico […] incumben a toda la humanidad".

[19] Así, la Convención sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, en su artículo 136 señala que "la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad".

[20] Véase, en tal sentido, la argumentación a favor de esta subjetividad menor de Nguyen Quoc Dinh, Patrick Dailler y Alain Pellet: *Droit international public*, 6ª ed., *LGDJ*, París, 1999, p. 400. O de Philippe Sands: "Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute", en Institut des Hautes Études Internationales de Paris, *Droit International 4* (Collection créée par Prosper Weil et publié sous la direction de Pierre-Marie Dupuy et Charles Leben), Pedone, París, 2000, p. 180-268, esp. p. 191.

[21] Se trataría de intereses comunes que Mariño ha calificado como "supremos" de los cuales es "titular la propia Comunidad internacional". Fernando Mariño Menéndez: "Situaciones jurídicas sub-

no exentos de algunas paradojas con respecto a los ya existentes; por otra, la instauración de un determinado orden público internacional, integrado por un conjunto de normas jurídicas que imponen obligaciones y derechos de rango mayor; y, en fin, por otra, que hay cuestiones —tales como, a título de ejemplo, la protección de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la proliferación de armas de destrucción masiva o la lucha contra el terrorismo— que interesan a toda la comunidad internacional.

En efecto, en la comunidad internacional sobresale el conjunto de Estados que la forman, como elementos bien significativos; lo que no implica, empero, que se trate de "una adición pura y simple de todos los Estados existentes"[22] y, por supuesto, no sólo de ellos.

Porque, además, en el trasfondo de la cuestión subyacen los seres humanos o la propia humanidad considerada en su conjunto. Ahora bien, cabe reconocer, con R. J. Dupuy, que esta humanidad no puede equipararse a una masa de hombres o de pueblos idénticos, sino diferentes, que además quieren seguir siéndolo sin rechazar su pertenencia a la familia humana.[23]

Por su parte, la noción de patrimonio común de la humanidad contiene, como advierte Leanza, un elemento de justicia material: la aspiración a un disfrute común y a una utilización equitativa de los recursos naturales, amén de perseguir el objetivo de una gestión eficaz y equitativa de los espacios, de los recursos y de los bienes que la comunidad internacional considera de interés común.[24]

En suma, podría decirse, siguiendo una interpretación amplia y conciliadora, que en el fondo se observa un noción genérica de comunidad internacional al lado de otras específicas que ponen el acento concreto en algunos de sus aspectos más relevantes: los Estados (comunidad de Estados), los seres humanos (humanidad), las *res communis* (patrimonio común de la humanidad).

Cuestiones más discutibles, desde la óptica de la dogmática jurídica, son, sin duda, los concretos derechos y deberes que le corresponden, amén de su representación jurídica, precisamente por ser ésta una materia abierta y en plena ebullición.

---

jetivas constitucionales en el DI", en Jorge Cardona Llorens: *CEBDI*, vol. III (1999), Centro internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo - Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 321-357, esp. p. 328.

[22] Alain Pellet: "Le droit international à l'aube du XXIème siècle", en Jorge Cardona Llorens, *CEBDI*, vol. I (1997), Centro internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo - Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 19-112, esp. p. 101.

[23] René-Jean Dupuy: *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, París, 1986, p. 176.

[24] Humberto Leanza: "Le droit international: d'un droit pour les États à un droit pour les individus. Une vision de la théorie et de la pratique des relations internationales contemporaines", en Jorge Cardona Llorens, *CEBDI*, vol. IV (2000), Centro internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo - Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 27-229, esp. p. 174.

Resumiendo la primera de ambas, cabe reconocer que los derechos y deberes que le reconoce el DI son, por el momento, ciertamente limitados. Y no parece que le incumba directamente una determinada responsabilidad jurídica internacional, lo cual permite enlazar con la segunda de las cuestiones planteadas.

Ciertamente, de la práctica internacional y de la doctrina se deduce que corresponde, en general, a los Estados representarla en el ejercicio de tales derechos, cumplir obligaciones, defenderla de ataques delictivos[25] y, en definitiva, representar los intereses de la comunidad internacional, si bien determinadas organizaciones internacionales también se han visto dotadas de tales cometidos en áreas muy concretas.[26]

Por último, conviene anotar que la comunidad internacional también es destinataria de normas jurídicas,[27] entre las cuales destacan los paradigmas del DI o las normas de *ius cogens*.[28]

2.2. Los Estados

Como consecuencia de los procesos de democratización y de humanización que viene siguiendo la sociedad internacional, los Estados, por un lado, han dejado de ser aquellos entes impersonales y abstractos de otras épocas, que diferenciaban rígidamente a unos individuos de otros, acercándose, cada vez más y de forma desigual, a sus ciudadanos y a los de terceros que viven en su territorio o bajo su jurisdicción; tratando, además, por otro, de ocupar el mayor grado de aceptación, de legitimación y de reconocimiento dentro de la propia comunidad internacional.

Una visión de conjunto acerca de éstos puede obtenerse si se analizan someramente desde un doble prisma: el cuantitativo y el cualitativo.

Desde un ángulo *cuantitativo*, se constata que, en la actualidad, los Estados alcanzan una cifra muy cercana a las dos centenas, debido a la proliferación que han seguido y que se ha visto acentuada en estas últimas décadas.[29]

La ampliación del número de Estados fue una constante en la era de la Guerra Fría como consecuencia de los diversos procesos que sobre todo marcaron la tercera de las grandes descolonizaciones.

---

[25] El Código Penal español presenta su título XXVI con el siguiente enunciado "Delitos contra la Comunidad Internacional".

[26] Ejemplo de organizaciones internacionales es la AIFM. Por su parte, la doctrina ha desarrollado diversas tesis para fundamentar la representación estatal, como, sin ir más lejos, la del desdoblamiento funcional de los Estados.

[27] Acerca de tales normas puede consultarse, entre otros, Christian Tomuschat: "Obligations arising for States without or against their will", *RCADI*, vol. 241, 1993, p. 199-374.

[28] Véase *infra*.

[29] En *L'État du monde 2003. Annuaire économique et géopolitique mondial*, La Découverte, París, 2003, se analizan 226 Estados y territorios bajo tutela. Por otra parte, puede recordarse que los Estados miembros de la ONU alcanzan la cifra de 191.

De hecho, en los inicios del pasado siglo tan solo alcanzaban las cuatro decenas.[30] A mediados, rondaban el medio centenar.[31] Y hubo que esperar a que se desencadenara el progresivo movimiento descolonizador, intenso en torno a los años sesenta, para que se viera incrementada considerablemente esa cifra. Algo que, en los últimos años, se vería complementado mediante el proceso de descomposición que siguieron la Unión Soviética, Checoslovaquia y la antigua Yugoslavia.[32]

En este estado de cosas, parece acertado reconocer que hoy se observa una doble fuerza contradictoria sobre el fenómeno de estatalización de las sociedades. Por una parte, el Estado tiende a desaparecer para fundirse en otras entidades superiores de tipo federal o supranacional (Unión Europea). Por otra y a la inversa, la implosión de conjuntos plurinacionales ha permitido el nacimiento de nuevos Estados precisamente sobre la base de un principio decimonónico como es el de las nacionalidades.

Cualitativamente hablando puede señalarse que Estados son sociedades elementales de naturaleza esencialmente política que forman parte de la comunidad internacional[33] y cuya heterogeneidad parece patente desde una pluralidad de perspectivas.[34]

Profundizando en esta idea, puede indicarse que, frente a la esencial homogeneidad que presentaban en el DI clásico sus elementos constitutivos, la actual realidad de las cosas muestra que, en los albores del siglo XXI, parecen más numerosas las diferencias que los separan en la esfera internacional que las similitudes que puedan, en su caso, aproximarlos.

En efecto, si, como ya advirtió Carreau,[35] tales elementos debían interpretarse en un sentido suficientemente amplio como para poder ser aplicados a los Estados que surgieron de la descolonización en el contexto del DI contemporáneo, no cabe duda de que se requiere un esfuerzo adicional para poder encontrar respuestas a las divergencias que acarrean hoy, como consecuencia de las contradicciones que aquí ha producido la globalización hasta nuestros días, y que ponen en cuestión algunos de los principios capitales de las relaciones interestatales del siglo pasado.

Si se observa el *territorio* estatal se llega a la conclusión de que no tiene establecidas las fronteras en todos los casos. Pero tampoco queda totalmente impermeabili-

---

[30] Éste era el número de Estados que participaron en las Conferencias de La Haya de 1899 y de 1907. Véase Carreau: *Droit international*, o. cit., p. 25.

[31] En la Conferencia de San Francisco de 1945 tomaron parte 50 Estados. Véase, Manuel Díez de Velasco: *Las organizaciones internacionales*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 149.

[32] Sin olvidar el goteo descolonizador, del que buena muestra es, sin duda, Timor Oriental o República Democrática de Timor-Este, que entró a formar parte de la ONU el 27 de septiembre de 2002.

[33] Véase Claude Albert Colliard: *Institutions des relations internationales*, 9ª ed., Dalloz, París, 1990, p. 2 y ss.

[34] Su extensión (Andorra/Federación Rusa), su influencia (Estados Unidos/Nauru), su ideología (Chile/Cuba), su PIB (Luxemburgo/Somalia), sus particulares intereses, etc., son bien diferentes.

[35] Cf. Carreau: *Droit international*, o. cit., p. 26.

zado frente a los nuevos avances tecnológicos,[36] las telecomunicaciones, la invasión de especies foráneas o alóctenas, las redes internacionales de delincuencia organizada, las enfermedades y pandemias procedentes de otros Estados, las contaminaciones y catástrofes ambientales, los movimientos de personas, mercancías, servicios y capitales, etc. Y ello simplemente porque, en la actual época histórica, la noción jurídica de frontera, tan estricta en otros tiempos, ha quedado difuminada y superada por la propia realidad de las cosas que nos está tocando vivir y que cambia y evoluciona a velocidades de vértigo.

En cuanto a la *población*, parece acertado defender que continúa ligada jurídicamente a un determinado Estado merced a los vínculos propios de la nacionalidad. Ahora bien, no es menos realista reconocer que se vienen creando nuevas figuras jurídicas que la complementan,[37] la protegen,[38] tienden a garantizar mayor información,[39] amplían las vías para defender mejor sus derechos,[40] se reconoce y se protege más y mejor su participación en los procesos de toma de decisiones internas e internacionales,[41] etc. Y, en fin, la proliferación de redes internacionales de delincuencia organizada y el dinamismo de los movimientos migratorios, día a día más dinámicos y complejos, ponen en jaque el control que cada Estado ejerce sobre la población existente en su territorio, viéndose obligado a reconocer a los extranjeros, en aras de su integración, los mismos derechos que a sus nacionales en muchos casos y, en otros, la equiparación de éstos.[42]

Frente al tradicional Estado-Nación, el Estado de nuestros días ha perdido una parte importante del poder político que venía ejerciendo desde su *Gobierno*. En la práctica, se ha visto obligado a desarrollar actuaciones y programas a través de una panoplia de ONG, sin cuya existencia y acción sería muy difícil o imposible desarrollarlos; a contratar determinadas operaciones con empresas, a proteger la calidad de vida de las personas y preservar el medio ambiente. Por otra parte, en su toma de

---

[36] Internet, las comunicaciones, los satélites…

[37] Basta recordar, a este respecto, la figura de la ciudadanía europea y los derechos que entraña.

[38] Como ocurre en el contexto de la Unión Europea, donde se constata que la protección diplomática y consular se está ampliando en algunos supuestos.

[39] Ampliándose su derecho de acceso a la información documental generada por los poderes públicos, ya se trate de documentos jurídicos o de otro tipo. A este respecto cabe destacar en DI la importancia del convenio de Espoo.

[40] Tanto en el nivel estatal como en el internacional.

[41] Según Sand, puede considerarse el conjunto de estos derechos como estructura emergente de gobernanza internacional. Philippe Sand: "Vers une transformation du droit international? Institutionnaliser le doute", en Institut des Hautes Études Internationales de Paris: *Droit international 4* (Collection créée par Prosper Weil et publié sous la direction de Pierre-Marie Dupuy et Charles Leben), Pedone, París, 2000, p. 179-273, esp. p. 199.

[42] Véase, entre otras monografías, Juan José Martín Arribas: *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo,* Dykinson-UBU, Madrid-Burgos, 2000.

decisiones cada vez tiene más en cuenta los intereses de algunos bancos y de algunas empresas, los problemas por los que atraviesa una parte de su población, etc. Pero tampoco puede desdeñarse la capacidad de presión de la que disponen, frente a cada Gobierno, la opinión pública, en general y determinados medios de comunicación en particular, los sindicatos, las organizaciones patronales, y otros grupos humanos organizados. Y, en fin, van incrementándose las acciones de Gobierno que se deciden y se aplican en y desde un entorno institucional internacional,[43] precisamente porque su incorporación en algunas organizaciones internacionales ha supuesto un ejercicio de delegación de soberanía.

La *soberanía* estatal ha evolucionado de tal manera que dogmática y realmente tiene muy poco que ver con la soberanía absoluta propia del DI clásico. Dicho de otro modo, su concepción y su actual ejercicio, influidos por la globalización, no pueden entenderse sin un haz de limitaciones, tales como las que imponen las propias relaciones interestatales y los principios y valores de la solidaridad global. En el primer caso encuentra obstáculos infranqueables en la soberanía de otros Estados diversos al que la ejerce y en el segundo podría centrarse la cuestión en torno a los intereses y paradigmas de la comunidad internacional y la indeclinable sumisión a las normas del DI. Además, la propia realidad de las cosas muestra hoy el claro relativismo que presenta este elemento estatal, debido, entre otras cosas, a la necesidad de proteger los derechos humanos y favorecer el desarrollo sostenible, a los procesos de integración regional, al creciente papel que desempeñan otros sujetos de DI y a la fragmentación del poder en el interior de los Estados.[44]

No cabe duda de que, además, la creciente dependencia de las economías nacionales con respecto a los intercambios internacionales, los avances propiciados por las revoluciones tecnológica y del conocimiento, el progresivo incremento de las inversiones privadas internacionales invitan a pensar en una imparable y más profunda interdependencia estatal. Al mismo tiempo, los grandes desafíos que plantea la actual comunidad internacional exigen que los Estados adopten y apliquen medidas de solidaridad global.

Más aún, puede reseñarse que el principio de *igualdad jurídica* de los Estados no puede entenderse en un sentido estricto, sino que, por el contrario, ha de conjugarse con la diversidad real, debido a un conjunto de razones entre las cuales pueden

---

[43] Como sucede con los Estados miembros de la Unión Europea o de la OTAN.

[44] Véase, en este sentido: Marc Perrin de Brichambaut y Jean-François Dobelle: "Les rapports entre le droit international et les résolutions internationales; la question de la souveraineté", en Marc Perrin de Brichambaut et al.: *Leçons de droit international public,* Presses de Sciences Politiques et Dalloz, París, 2002, p. 21-46, esp. p. 38. Por su parte, Carrillo ha profundizado, con pormenores, en esta idea, destacando el carácter funcional de la soberanía. Juan Antonio Carrillo Salcedo: "Droit international et souveraineté des États" (Cours général de Droit international public), *RCADI*, vol. 257, 1997, p. 35-221, esp. p. 51 y ss.

señalarse, como botón de muestra, las siguientes. Primera, la realidad de las cosas muestra a las claras que, en la práctica estatal, pesa más la opinión de las grandes que la de las pequeñas potencias.[45] Segunda, que los intereses de los Estados Unidos marcan las grandes líneas de la política, de la economía y de la seguridad mundiales, si bien a nivel regional la influencia de otros Estados parece indiscutible.[46] Tercera, que el actual DI viene reconociendo e imponiendo en diversos instrumentos internacionales el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, que exige mayores esfuerzos a los desarrollados que a los países en desarrollo para afrontar grandes desafíos ambientales. Y, en fin, cuarta, puesto que, como ha subrayado Serge Sur,[47] existe el principio de la *desigualdad compensadora* que tiende esencialmente a conceder ciertas ventajas sin contrapartidas a los países menos avanzados con la finalidad de permitirles superar su retraso, creando condiciones comerciales justas y razonables.

Por otra parte el *principio de no intervención* en los asuntos de otros Estados ha dado un vuelco por la práctica de la injerencia por razones humanitarias y ha quedado en entredicho por otro tipo de intervenciones, de las cuales las guerras preventivas que defienden y practican los Estados Unidos de América parecen las más discutibles en un plano dogmático.[48]

En definitiva, podría considerarse que, en comparación con décadas cercanas, las diferencias ideológicas y políticas existentes entre los Estados hoy se hallan muy aminoradas. Y, por el contrario, se ven agravadas las diferencias socioeconómicas, tecnológicas y militares en el actual momento de protagonismo de la OMC y de la nueva OTAN. En este contexto puede vislumbrarse una pérdida de protagonismo estatal desde la doble perspectiva cuantitativa y material, si bien se notan avances interesantes desde el punto de vista cualitativo y formal.

Aun así, es preciso reconocer que los Estados continúan siendo los sujetos originarios y primarios de DI, puesto que reúnen las condiciones necesarias para lograr la subjetividad internacional, es decir, poseen los elementos esenciales, tienen reconocidos derechos y obligaciones internacionales, son responsables en caso de no observar sus obligaciones internacionales, están legitimados para presentar reclamaciones internacionales, son los principales creadores y destinatarios de las normas

---

[45] Como, por ejemplo, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU.

[46] Desde un prisma temporal, se atemperan con los de la UE en lo inmediato y con los de China en lo mediato. Desde el prisma regional, los avances demográficos, económicos y en seguridad apuntan a potencias regionales como China, India, Pakistán, Brasil, que, en pocos años, pueden serlo a nivel mundial.

[47] Serge Sur: "Les phénomènes de mode en Droit international", en Société Française pour le Droit international (colloque de Paris), *Le droit international et le temps*, Pedone, París, 2001, p. 49-65, esp. p. 53-54.

[48] Otro tanto cabe decir de la política del Sr. Putin (si concreta en hechos las declaraciones que formuló al socaire de los execrables acontecimientos que, en septiembre de 2004, tuvieron lugar en Beslán, Osetia del Norte) y de algunas actuaciones de Israel.

internacionales,[49] participan plenamente en las relaciones internacionales y pueden ser miembros de las organizaciones internacionales.

2.3. Las organizaciones internacionales

Los Estados han ido institucionalizando progresivamente sus relaciones hasta crear organizaciones intergubernamentales permanentes de muy diversa tipología y alcance.[50]

Históricamente hablando conviene recordar, con Remiro,[51] que la creación de las primeras organizaciones internacionales obedeció a la necesidad de cooperar en la gestión de determinados espacios naturales y para hacer frente a retos científicos y técnicos que planteaba la segunda revolución industrial. En un segundo momento, marcado por los Tratados de Versalles de 1919, se crearon la OIT y la Sociedad de Naciones, precedente indiscutible de la actual ONU. Y, aunque en 1930 fue instituido el Banco de Pagos Internacionales, la verdadera proliferación y explosión de organismos internacionales tuvo lugar tras la creación de la ONU en virtud de la Carta de San Francisco de 26 de junio de 1945,[52] abanderada del orden mundial que quebraba el surgido de los Tratados de Westfalia de 1648. Por último, acabada la Guerra Fría y en el contexto del nuevo orden internacional se han instituido nuevas organizaciones internacionales, entre las cuales merece la pena destacar al OMC,[53] se han transformado otras ya existentes con anterioridad[54] y, en fin, las menos han desaparecido.[55]

Desde un plano *cuantitativo*, puede puntualizarse que, en la actualidad, puede haber unas quinientas organizaciones internacionales de carácter intergubernamental, de las cuales alrededor de una treintena son universales, cerca de seis decenas intercontinentales y el resto regionales. En consecuencia, son más numerosas que los propios Estados; su proliferación, autonomía y heterogeneidad destacan entre sus

---

[49] Cf. Juan Antonio Carrillo Salcedo: *Curso de Derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 27-28.

[50] Lo cual ha sido descrito magistral y pedagógicamente por el profesor Sobrino. José Manuel Sobrino Heredia: "Las organizaciones internacionales: generalidades", en *Las organizaciones internacionales*, o. cit., p. 38.

[51] Centradas en esferas tales como el transporte, las comunicaciones, el comercio, la salud o la agricultura. Cf. Remiro Brotons et al.: o. cit., p. 139.

[52] A escala universal se adaptan ciertas uniones administrativas, como la Unión Telegráfica Internacional o la Unión Postal Universal), y se crean organismos sectoriales como la OACI, la UNESCO, o la OMS. A escala regional aparece en escena una pluralidad de bancos regionales (por ejemplo, el Banco Europeo de Inversiones), organizaciones políticas (por ejemplo, el Consejo de Europa), militares (OTAN o UEO), económicas (CECA, CEE, AELC, OCDE…).

[53] Como la OSCE, la CEI, la OCI, la FPLP, el COMESA, la COMESSA, la IOR-ARC, la AEC, el Mercosur o la Unión Africana.

[54] La nueva OTAN o la UE.

[55] Como la UEO o la CECA.

notas características, acaparando, a su vez, todo tipo de actividades que interesan a las personas.

Poseen una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus Estados miembros,[56] se han transformado en fuente autónoma del DI, contribuyen poderosamente a su desarrollo, de tal suerte que algún sector doctrinal apunta la conveniencia de destacar el poder cuasilegislativo que a veces ostentan.[57]

Pero, a diferencia de los Estados, estas entidades tienen atribuidas competencias limitadas y su subjetividad presenta un carácter funcional, puesto que sus derechos y sus deberes dependen de sus objetivos y de sus funciones, tal y como aparecen contemplados en sus textos constitutivos y como vienen desarrollándose en la práctica.[58] Lo cual significa que la personalidad jurídica internacional de cada una de ellas queda condicionada por sus tratados constitutivos.

Ahora bien, presentan una subjetividad diferenciada entre sí, son titulares de un derecho de legación activa y pasiva, pueden efectuar reclamaciones, contratar, comprar bienes, y conforman un pilar básico de la actual sociedad internacional al mantener fluidas relaciones con los Estados y con los elementos de la sociedad civil, especialmente con las ONG, a las que encargan la elaboración de informes de muy diversa naturaleza, consultan en numerosas ocasiones o efectúan con ellas interesantes intercambios de ideas.[59]

2.4. La sociedad civil internacional

Como resultado del proceso de democratización que viene siguiendo la sociedad internacional, se constata que a lo largo de estos últimos años viene utilizándose la expresión *sociedad civil* para hacer referencia a aquellos sujetos que no actúan ejerciendo competencias estatales o funciones institucionales, o, por decir mejor, aquellos que no los representan o no intervienen en su nombre ni en el de las organizaciones internacionales.

---

[56] Su personalidad jurídica ha sido reconocida por la jurisprudencia internacional (TIJ, dictamen de 20 de diciembre de 1980, *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*), Recueil, 1949, § 37), en el marco del DI convencional (Convenio de Viena de 1986 sobre los tratados entre Estados y organizaciones internacionales y entre organizaciones internacionales entre sí; artículo 104 de la Carta de la ONU; tratados que instituyen organismos especializados de la ONU, o convenciones bilaterales, como el artículo 1 del convenio suscrito entre España y la OMT, etc.) y en la práctica internacional.

[57] Cf. Carreau: *Droit*..., o. cit., p. 28.

[58] TIJ, sentencia de 11 abril de 1949, *Dommages subis au sud des États-Unies,* Recueil, 1949, p. 180.

[59] Roland Séroussi y Jade Plantin: *Le droit international public à l'épreuve de la mondialisation*, Giuliano éditeur, París, 1997, p. 56.

A diferencia de ellos, presentan en común el hecho de que su existencia jurídica obedece *prima facie* a actos o normas jurídicas de un determinado derecho interno estatal que reciben un reconocimiento por parte de otros Estados y, por supuesto, trascienden al DI, presentando una heterogeneidad evidente. En suma, podría señalarse que se trata de sujetos internos cuya personalidad ha sido reconocida por el DI, precisamente por los derechos y deberes que viene reconociéndoles, a los que viene adicionándose una cierta capacidad procesal para, en su caso, hacerlos efectivos, aunque, en la práctica, no sean muy numerosos los procedimientos que les permiten intervenir ante las jurisdicciones internacionales, debiendo resolver muchas de sus controversias utilizando las vías jurisdiccionales que les ofrecen los Estados,[60] cuando no llegan, en ocasiones, a solventarlas por otras vías de ámbito no jurisdiccional.

Su creciente relevancia obedece, sin duda, al proceso de relativa democratización que viene siguiendo la comunidad internacional, en el que pueden destacarse entre sus miembros más meritorios las ONG (1), los seres humanos (2) considerados de forma individual o en grupos organizados y las empresas multinacionales (3) individualmente consideradas o en grupos societarios.

2.4.1. Las ONG

Se trata de entidades creadas a partir de a una determinada iniciativa privada o mixta, lo que las diferencia de las organizaciones internacionales, puesto que no son fruto de ningún acuerdo de tipo intergubernamental. Entre sus miembros no se cuentan los Estados, sino personas —privadas o públicas— de diversas nacionalidades que desarrollan actividades sin ánimo de lucro, lo que las diferencia de las empresas, y que pueden actuar en el marco de las relaciones internacionales.

Cuantitativamente hablando puede que superen las treinta mil,[61] pero es una cifra que sigue creciendo, puesto que, como indica Sobrino,[62] representan un complejo fenómeno organizativo de una rara plasticidad institucional, funcional y territorial, que, conocido ya desde antiguo (como ejemplifican las ligas comerciales, las sociedades obreras o las asociaciones humanitarias), en la actualidad presentan un espectacular desarrollo.

Si bien es cierto que, en sus actuaciones, llegan allí donde no pueden o no quieren llegar los Estados, también responden a los anhelos e intereses de los seres humanos en hacer de este mundo un mundo mejor. Desde esta perspectiva, parece acertado reconocerlas como una de las mejores muestras de la actual solidaridad internacional y de cómo puede ayudarse a humanizar progresivamente, en la práctica, la galopante globalización.

---

[60] Es el caso de las numerosas convenciones internacionales que estipulan la responsabilidad civil por daños cometidos por hidrocarburos o en la esfera de la energía nuclear.

[61] Cifra que baraja el *Yearbook of International Organizations* 2002-2003.

[62] Cf. José Manuel Sobrino Heredia: "Las organizaciones internacionales …", o. cit., pp. 42-43.

Con los importantes recursos humanos de que disponen, los nada desdeñables recursos económicos que mueven de un lugar a otro del planeta y su incidencia en los medios de comunicación social, cada día tienen una mayor relevancia en las relaciones internacionales, en los enunciados de las leyes internas que aprueban los Estados, en los instrumentos internacionales que éstos conciertan,[63] en las políticas y normas que adoptan las organizaciones internacionales, y, como consideran algunos autores, juegan un papel creciente en las conferencias internacionales,[64] tal y como se viene observando en la celebración de las grandes conferencias sobre el medio ambiente y el desarrollo que viene auspiciando la ONU.[65]

Ahora bien, también éstas influyen en las actividades que desarrollan las ONG, en el contexto de unas relaciones bastante fluidas, que acaparan desde la financiación de programas de campo hasta realizaciones más teóricas. En ocasiones han institucionalizado este tipo de relaciones merced a que han conseguido un estatuto consultivo en el seno de algunas organizaciones internacionales.

Las notas *características* de autonomía y de heterogeneidad también las marcan desde una pluralidad de elementos: su instrumento constitutivo, sus miembros, sus principales objetivos para los que han sido creadas, sus instrumentos, sus diversos recursos o sus actuaciones.[66]

En este contexto, puede defenderse que tienen una cierta personalidad jurídica internacional,[67] por el rol que desarrollan en el actual DI, por su influencia en las normas y decisiones que toman los Estados y las organizaciones internacionales; por los dineros que reciben de particulares, ya sean personas físicas o jurídicas, y de las administraciones; por las actuaciones que llevan a cabo, las cuales, en muchas ocasiones, se hallan conectadas con los principios capitales de la solidaridad internacional que protege la comunidad internacional; por su positiva influencia en una pluralidad de facetas humanas sin la cual la vida de muchos seres humanos sería diferente; por su estatuto de observador en algunas organizaciones internacionales; por los derechos y deberes que se les reconoce y, en fin, porque algunas de ellas poseen un poder normativo internacional que les permite elaborar normas internacionales.[68] Ob-

[63] Como ha sucedido, por ejemplo, en la adopción de la convención de 1997 sobre la eliminación de las minas antipersonal, y de numerosas y muy variadas convenciones en materia de medio ambiente.

[64] Perrin de Brichambaut y Dobelle: o. cit., p. 29. Sur: "Les phénomènes…", o. cit., p. 60.

[65] Muy significativamente Río de Janeiro y Johannesburgo.

[66] Humanitarias (Comité Internacional de la Cruz Roja); científicas (Instituto de DI); sociales (federaciones de sindicatos); deportivas (COI), ecológicas (Greenpeace), sanitarias (Médicos sin Fronteras), religiosas (Consejo Ecuménico de las Iglesias), técnicas (SOS Sahel), etc.

[67] Muy convincentes son, a este respecto, las reflexiones de Sobrino. José Manuel Sobrino Heredia: "La determinación de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales no gubernamentales: contribución del Consejo de Europa", *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 1, 1990, p. 101-124.

[68] Como la IATA, las federaciones deportivas, o el Comité Internacional de la Cruz Roja (su papel en el desarrollo y aplicación del DI humanitario es primordial).

viamente, se trata de una personalidad internacional que no es originaria, sino derivada, limitada, relativa[69] y funcional,[70] reconocida en la esfera internacional.[71]

2.4.2. Las personas consideradas individual o colectivamente

La humanización, a la que, en estas últimas décadas, se ha visto sometida la sociedad internacional, ha trascendido el propio DI que la regula, posibilitando la aparición de la personalidad internacional de estos sujetos. Además, las masacres, los genocidios, las epidemias, las catástrofes —sean naturales o artificiales o rampantes—, aireadas por una opinión pública muy sensibilizada, han puesto en el ojo del huracán a las personas que requieren, a menudo, acciones solidarias desde todos los puntos de la Tierra.[72]

Antes, y a pesar de las tesis que ya esgrimió el creador del DI, el burgalés Francisco de Vitoria,[73] el DI clásico no reconoció la subjetividad internacional de los seres humanos ni siquiera considerados individualmente, porque, sobre todo, fue concebido como un derecho desde y para los Estados.

Esta situación fue cambiando a lo largo de la segunda mitad del siglo XX por muy diversas razones, entre las cuales pueden anotarse las que siguen: la universalización de los derechos humanos, la instauración de un DI penal (o penal internacional) y de jurisdicciones penales internacionales, la existencia de una —cada vez más numerosa— doctrina internacionalista mucho menos dogmática y más coherente con la realidad de las cosas que ofrece la práctica internacional.[74]

Así, se ha constatado que, en estos últimos años, se ha pasado de un DI social, situado en la prolongación de la descolonización (con el derecho del desarrollo o al

---

[69] Quoc Dinh, Dailler y Pellet: o. cit., p. 697.

[70] Véase, en este sentido: André Gonçalves Pereira y Fausto de Cuadros: *Manual de dereito internacional público,* 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1993, p. 403.

[71] Por el DI convencional (Convención de Estrasburgo de 1986 sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de las ONG internacionales existentes en el territorio de todas las partes de la convención), por el DI institucional (la resolución 1296 [XLIX] del Consejo Económico y Social de la ONU ha permitido que más de mil quinientas ONG se beneficien de un estatuto consultivo), por la jurisprudencia internacional

[72] Como apunta Serge Sur, el interés hoy lo acaparan los individuos y no en los pueblos, sobre todo las víctimas. Sur: "Les phénomènes…", o. cit., p. 55.

[73] Señalaba, por ejemplo, que el derecho de gentes regula la comunidad internacional integrada por seres humanos organizados socialmente en Estados. Cf. Francisco de Vitoria: *De Indis - Relectio Prior (1538-1539),*en *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones teológicas,* T. Urdanoz, Madrid, 1960, p. 675.

[74] Con el DI contemporáneo, los factores ideológicos pudieron marcar la cristalización de las personas, puesto que la ideología típicamente occidental, liberal y democrática puede subyacer en las grandes preocupaciones por delimitar y proteger los derechos humanos y la libertades fundamentales. Antonio Cassese: *Le Droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, París, 1986, p. 75.

desarrollo, la desigualdad compensatoria, el patrimonio común de la humanidad, etc.), a un DI centrado en la protección de los individuos y de las sociedades civiles.[75]

Por su parte, Pastor defiende que corresponde al individuo una determinada subjetividad internacional al ser, por un lado, beneficiario directo e inmediato de muchas normas internacionales —que reconocen sus derechos y, en ocasiones, imponen obligaciones—; por otro, al tener, en determinados supuestos, legitimación activa ante instituciones internacionales para reclamar por la violación de sus derechos y al poseer, en otros casos, legitimación pasiva para sufrir directamente las consecuencias de la violación del DI.[76]

En efecto, toda persona o ser humano tiene reconocida una pluralidad de derechos en el ordenamiento jurídico internacional, máxime gracias a las normas que protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales, de tal manera que, según Carrillo, todo Estado que viole la obligación de DI general de respetar los derechos humanos de cualquier persona sometida a su jurisdicción incurre en responsabilidad internacional.[77]

Desde el DI convencional también se reconoce un elenco de derechos, ya se trate de derechos individuales, como el derecho a la vida, o colectivos, como el derecho de autodeterminación de los pueblos; que lo preservan, en general, frente a determinadas prácticas[78] o lo protegen como parte integrante de determinados colectivos humanos;[79] que, desde un prisma histórico, han sido, primero, derechos civiles y políticos, luego, socioeconómicos y culturales y, después, de la solidaridad o de tercera generación.[80] Ahora bien, partiendo de la premisa de que el ejercicio de tales derechos no es ilimitado, también imponen determinadas obligaciones con respecto a la comunidad, tales como, entre otras, respetar los derechos y las libertades de los demás, no atentar contra las exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática o no ir contra los principios y fines de la ONU.[81]

Otras normas internacionales reconocedoras de derechos pueden hallarse en el DI humanitario. Pero también los Estados vienen suscribiendo entre sí un nutrido grupo de tratados internacionales, que le reconocen ciertas ventajas y le imponen

---

[75] Perrin de Brichambaut y Dobelle: o. cit., p. 29.

[76] Cf. Pastor Ridruejo: *Curso…,* o. cit., p. 186-187.

[77] Cf. Juan Antonio Carrillo Salcedo: Prólogo, en *El acceso directo del individuo a los tribunales Internacionales de derechos humanos*, Antônio A. Cançado Trindade, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, p. 12.

[78] Frente a los tratos inhumanos y degradantes, la pena de muerte, la esclavitud, la trata de blancas, los trabajos forzados, la discriminación, etc.

[79] Refugiados, apátridas, mujeres, niños, trabajadores, etc.

[80] Tales como el derecho al desarrollo, a la paz, al medio ambiente sano, a la asistencia humanitaria, etc.

[81] Tal y como se deduce del artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

determinadas limitaciones, sobre todo en esferas tales como la extranjería,[82] el comercio,[83] la educación[84] o la cultura.[85]

Ello no impide confirmar, sin embargo, que, como ha señalado algún sector doctrinal,[86] muy a menudo el Estado hace de "pantalla" entre el ser humano y el DI, actuando, incluso, en los planos diplomático, administrativo, político o jurisdiccional en defensa de éste.

Además se constata que, las más de las veces, un ser humano reclama su derechos por la pluralidad de vías que le ofrece el Estado donde presuntamente han sido conculcados, ya sea por un particular o por una determinada administración. Incluso en muchos casos suele ser preceptivo agotar previamente estos procedimientos internos para poder iniciar acciones jurisdiccionales internacionales.

Así las cosas, el DI dispone de mecanismos a través de los cuales el ser humano puede reclamar individualmente la aplicación de normas internacionales que lo benefician. Sin entrar en detalles históricos,[87] cabe puntualizar que tiene reconocida su legitimación activa en los órganos jurisdiccionales establecidos en la Convención de 1952 adoptada para solucionar los asuntos surgidos de la Segunda Guerra Mundial, ante la Comisión Mixta Irán-Estados Unidos, ante la Comisión de las víctimas de la invasión de Kuwait, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ante los tribunales administrativos de aquellas organizaciones internacionales que resuelven los contenciosos que les surgen con sus funcionarios.[88] Y, en otros supuestos, todo ser humano que se sienta afectado puede presentar quejas, denuncias o comunicaciones ante otros órganos no jurisdiccionales de los que disponen algunas de las organizaciones internacionales.[89]

Colectivamente, se constata que ciertos organismos internacionales como, por ejemplo, la OIT, aceptan las reclamaciones que presenta una asociación patronal o

---

[82] Tratamiento recíproco de sus nacionales, supuestos de doble nacionalidad, etc.

[83] Supresión de barreras comerciales que tienen consecuencias prácticas en los consumidores de determinados productos.

[84] El posibilitar el acceso de ciudadanos de otros países a diversos estudios universitarios o profesionales.

[85] El fomentar que ciudadanos extranjeros puedan seguir cursos del idioma y de la cultura de un país.

[86] Jean-François Dobelle: "Le droit international et la protection des droits de l'homme", en Marc Perrin de Brichambaut et al.: *Leçons de droit international public,* Presses de Sciences Politiques et Dalloz, París, 2002, p. 371-426, esp. p. 373. Quoc Dinh, Dailler y Pellet: o. cit., p. 637.

[87] Como el Tribunal Internacional de Presas, el Tribunal de Justicia Centroamericano, el Tribunal Arbitral de Alta Silesia o los Tribunales arbitrales mixtos creados merced a los tratados de paz de 1919-1920.

[88] Tales como el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, el Tribunal de la ONU, el de la OIT, el del Banco Mundial o el del FMI.

[89] Por citar un par de ejemplos: el Comité sobre la eliminación de la discriminación racial y el Comité contra la tortura.

sindical para denunciar a un Estado que no ha garantizado, dentro de su jurisdicción, la concreta entrada en vigor de cualquier convención en la que sea parte.

En lo que concierne a la legitimación pasiva, esto es, la responsabilidad de las personas por los delitos internacionales que cometan, hay que señalar que generalmente el DI canaliza la competencia jurisdiccional hacia los tribunales internos, como suele suceder, por ejemplo, en lo que respecta a los delitos de piratería aérea o marítima, la trata de esclavos, el tráfico de estupefacientes, el blanqueo de dinero, los secuestros de aviones o el terrorismo internacional.[90]

Ahora bien, cabe dejar constancia de que, al lado de una reciente tendencia a que los tribunales penales internos juzguen determinados delitos cometidos por políticos y militares de otros países,[91] existen igualmente tribunales internacionales que juzgan aquellos delitos de los que se impute a un determinado ser humano.

De ello, históricamente hablando, buenos exponentes son los Tribunales de Tokio y de Núremberg, creados tras la Segunda Guerra Mundial para juzgar los crímenes de guerra. Otros ejemplos más actuales a reseñar son el Tribunal *ad hoc* para conocer los crímenes y violaciones de los derechos humanos cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia después del 1 de enero de 1991, sobre el territorio de Ruanda a lo largo de 1994 y en Sierra Leona.[92]

Por otra parte, la entrada en vigor del estatuto del Tribunal Penal Internacional el 1 de julio de 2002 supuso un acontecimiento capital en la medida en que ha permitido a esta instancia disponer de competencias generales para poder juzgar crímenes contra la paz y la seguridad internacionales.

En resumidas cuentas, puede admitirse que son sujetos de DI de carácter derivado, limitado y menor,[93] que se diferencian, por sus peculiaridades, de otros sujetos de DI.

2.4.3. Las empresas y grupos multinacionales

Las empresas y los grupos multinacionales juegan una papel de capital relevancia en las relaciones internacionales de nuestros días, máxime en el plano económico.

Cuantitativamente hablando puede estimarse, con Mahiou, que aproximadamente existen alrededor de 60.000 sociedades transnacionales que poseen unas 500.000 filiales situadas en todo el mundo; sin embargo, son las más importantes las que más

---

[90] La regulación de algunas de estas conductas ha sido escrita pedagógicamente por Barboza. Julio Barboza: *Derecho internacional público*, Zavalia, Buenos Aires, 2001, p. 595 y ss.

[91] El caso Pinochet puede que sea el más conocido; sin embargo, se constatan progresos —hasta hace bien poco impensables— en las decisiones de jueces europeos y latinoamericanos en otros casos, cada vez más aireados por la opinión pública.

[92] Ver en este sentido las resoluciones siguientes del Consejo de Seguridad: 808 del 19 de febrero de 1993, 955 de 8 de noviembre de 1994 y 1315 de 14 de agosto de 2000.

[93] Dobelle: o. cit., p. 372. Quoc Dinh, Dailler y Pellet: o. cit., p. 637. Pastor Ridruejo: *Curso*…, o. cit., p. 187.

llaman la atención debido a la concentración de poder que representan; pueden ser comparadas, a este respecto, con los Estados.[94] Se observa además que mantienen una contrastada ascendencia política y jurídica sobre los Estados, gozan de cierta incidencia económica sobre las organizaciones internacionales y las personas, influyen por las vías de la financiación y los medios de comunicación en las ONG y las personas, y las decisiones que habitualmente adoptan no siempre respetan las políticas y decisiones estatales, gracias a la imbricación existente entre la matriz y sus filiales. Proyectan, en fin, la nota característica de la heterogeneidad en la medida en que el acto jurídico de su constitución es muy variable, al igual que su objeto social, sus accionistas, su capital social o sus órganos de gobierno.

En el DI clásico estos entes no tenían atribuido, por lo general, ningún grado de subjetividad internacional, no estaban sometidos directamente a normas internacionales ni tampoco podían promover acciones judiciales puesto que los tribunales internacionales quedaban reservados a los Estados. Para asegurar la defensa de sus respectivos derechos e intereses se utilizaba, entre otras cosas, la protección diplomática, de tal suerte que los Estados afectados podían sustituir a sus nacionales y así hacer valer sus derechos ante tribunales internacionales.

Pero esta situación —mal definida a nivel internacional al regirse normalmente por normas internas— ha ido cambiando progresivamente en estas últimas décadas, no sólo por la presión que ejercen desde diversos ángulos para hacer valer sus intereses,[95] sino también por la denominada responsabilidad social de las empresas[96] o papel creciente que han de jugar en favor de la promoción de la salud y de la seguridad de sus empleados, la protección del medio ambiente,[97] la lucha contra la corrupción, la lucha contra la pobreza, la respuesta a los desastres naturales, el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales en las comunidades en las que actúan, etc.

Las empresas multinacionales concurren a la formación del DI,[98] firman contratos internacionales con los Estados y con las organizaciones internacionales,[99] patrocinan y apoyan económicamente un buen número de proyectos que desarrollan las ONG, y algunas de sus asociaciones parecen disponer de auténtico poder normativo

---

[94] Cf. Ahmed Mahiou: "Droit international et développement", en Jorge Cardona Llorens: *CEBDI*, vol. III (1999), Centro internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo - Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 21-144, esp. p. 86-87.

[95] Máxime cuando se trata de proteger sus inversiones efectuadas en otros Estados.

[96] Esta responsabilidad ha sido estudiada a nivel multilateral por organismos internacionales tales como la ONU, la OIT y la OCDE. Y se recoge en un conjunto de directrices y de principios a cuyo seguimiento se han comprometido relevantes empresas.

[97] Baste recordar, a este respecto, las iniciativas que vienen desarrollando en el marco de Johannesburgo.

[98] Carreau: *Droit international*..., o. cit., p. 32.

[99] Véase, sobre el particular, por ejemplo, Mariño Menéndez: *Derecho internacional*..., o. cit., p. 200.

internacional.[100] El DI las protege,[101] les proporciona órganos en los que dirimir controversias con otros sujetos,[102] las reglamenta cada vez más desde el punto de vista institucional, sobre todo mediante principios, directrices institucionales[103] y los códigos de conducta[104] a los que someten sus actuaciones, reconociéndoles su personalidad jurídica internacional.[105]

En suma, gozan de una subjetividad internacional derivada, limitada y menor, muy diferente de la de otros sujetos.[106]

3. Las normas internacionales

No cabe duda de que las normas internacionales se ven influidas, en particular, por las relaciones intersubjetivas que regulan y, en general, por las mutaciones que sufre la sociedad internacional. De ahí que Weil[107] dictaminara, en los inicios de los noventa, la existencia de una crisis del sistema normativo internacional como consecuencia de la "crisis multiforme" que padecía el mundo.

Si tradicionalmente estas normas parecían situarse en un mismo plano y su relevancia dependía de la opinión más o menos razonada por la doctrina, en la actualidad cada una de ellas ha venido incrementado su importancia cuantitativa y cualitativa, al tiempo que se han visto insertadas en un *proceso de graduación o de jerarquización* imperfecta que influye tanto en la graduación de las obligaciones que establecen, cuanto en su sorprendente porosidad.

El proceso de graduación ha de entenderse, no ya desde la perspectiva de las fuentes formales prescritas en el artículo 38 del estatuto del TIJ, cuanto desde la

---

[100] En palabras de Marc Perrin de Brichambaut y de Jean-François Dobelle ocurre claramente en el ámbito de los transportes internacionales, donde la IATA (Asociación Internacional de Transportistas Aéreos) dispone de un extenso poder normativo en lo que respecta a la logística de los vuelos internacionales y a la fijación de tarifas. Aquí, según estos autores, las compañías aéreas han recibido una cierta delegación de poder de parte de los Estados en orden a negociar por su parte las reglas prácticas que gobiernan los transportes internacionales. Perrin de Brichambaut y Dobelle: o. cit., p. 40.

[101] Un buen botón de muestra lo ofrece la Convención para la reglamentación de los litigios sobre inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

[102] Dentro de una pluralidad, destaca sin duda el Tribunal Permanente de Arbitraje con sede en La Haya.

[103] De organismos internacionales como al OIT, la OCDE o de algunos órganos de la ONU.

[104] En este punto pueden resaltarse los esfuerzos emprendidos en el contexto de la ONU y de algunos de sus organismos especializados, la Comunidad Andina, la UE, la OCDE, etc.

[105] La Convención de La Haya de 1956 reconoce la personalidad jurídica de sociedades constituidas legalmente en el territorio de cualquier Estado parte.

[106] Carrillo Salcedo: *Curso*..., o. cit., p. 36. Colliard: o. cit., p. 959 y ss. Quoc Dinh, Dailler y Pellet: o. cit., p. 660. Gonçalves Pereira y De Cuadros: *Manual*..., o. cit., p. 400 y ss.

[107] Prosper Weil: "Le droit international en quête de son identité" (Cours général de droit international public), *RCADI*, vol. 237, 1992, p. 9-370, esp. p. 27 y ss.

óptica de la primacía o superioridad de aquellas que, por lo general, defienden el interés de la comunidad internacional y, por lo tanto, fomentan la solidaridad internacional.

Profundizando en esta afirmación cabe reconocer que viene perfilándose, por una parte, todo un conjunto de paradigmas[108] diversos de los de otras épocas, algunos de los cuales, al convivir entre sí, pueden dar lugar a algunas paradojas (1). Por otra parte, van desarrollándose las denominadas normas imperativas del DI o de *ius cogens* en comparación con otras de carácter dispositivo (2). Por otra, se vislumbran normas de carácter regional o particular que contrastan con otras universales o generales (3). Y, en fin, puede discernirse otro tipo de graduaciones normativas vinculadas con las organizaciones internacionales (4).

Esta diversidad normativa, por un lado, incide en la imposición de deberes asimétricos y de muy variada naturaleza, tales como, por citar algunos, las obligaciones *erga omnes*,[109] las obligaciones universales o generales, regionales y particulares,[110] las obligaciones de comportamiento[111] y de resultado,[112] las reglas de incitación[113] o las obligaciones marco.[114] Por otro, un determinado deber puede tener su origen en una norma internacional, ya sea universal o especial, de obligado cumplimiento para unos concretos sujetos y, sin embargo, fundamentarse en otra diversa de la anterior con respecto a otros sujetos, quedando, por lo tanto, ambos grupos obligados. Por todo ello, cabe reconocer, con Carrillo, que "el *corpus iuris* del DI es hoy complejo y diversificado".[115]

3.1. Los paradigmas del DI y sus respectivas paradojas

Como es sabido, a diferencia de los derechos estatales internos, el DI carece de una Constitución formal propia o unos instrumentos que configuren su bloque de constitucionalidad, a pesar de que el artículo 103 de la Carta de San Francisco im-

---

[108] Se trata de una palabra que, en términos corrientes, significa ejemplo o ejemplar y que aquí se utiliza como el conjunto de valores esenciales y principios fundamentales que inspiran y sirven de referencia obligada para que los sujetos adecuen sus comportamientos a la legalidad internacional.

[109] Son aquellas que obligan la comunidad internacional en su conjunto o frente a ella.

[110] Según el alcance espacial o geográfico que presenten.

[111] Tienen por objeto que el sujeto internacional al que van dirigidas alcance o consiga un determinado objetivo dejándole autonomía en cuanto a sus iniciativas y con respecto a los medios a utilizar.

[112] Imponen una determinada actuación o abstención al Estado al que van destinadas, es decir, se insiste mucho más en los medios que en el contenido a alcanzar.

[113] Vienen a ser cuasi-declaraciones de principios más cercanos a una hipotética moral que a cualquier norma jurídica.

[114] Capaces de habilitar a los Estados para que desarrollen determinadas competencias asociando los medios a emplear con los objetivos a conseguir.

[115] Juan Antonio Carrillo Salcedo: "Permanencia y cambios en el DI", en Jorge Cardona Llorens, *CEBDI*, vol. III (1999), p. 223-258, esp. p. 249.

ponga los contenidos jurídicos de ésta sobre cualquier tratado internacional que se adopte.

Ahora bien, a medida que ha ido evolucionando se ha ido dotando de determinados paradigmas que le han permitido apoyar, por un lado, el progreso constante que ha seguido la humanidad,[116] al tiempo que, por otro, ha sabido salvaguardar una "supralegalidad" internacional vigente en cada época.

En concreto, puede considerarse que forman parte de tales paradigmas, tanto valores bien conocidos,[117] cuanto una serie de principios[118] que, en ocasiones, dormitaban en el DI clásico,[119] pero que el DI contemporáneo ha venido completando y formulando esencialmente a través de un determinado derecho convencional y de un

---

[116] En una época histórica determinada ¿quién se atrevía a poner en jaque la autoridad divina de los reyes o del papa? En otra, diversa de la anterior, ¿quién sigue negando el derecho de sufragio de la mujer?

[117] En los que podrían incluirse ejemplos avanzados por Carrillo, como la democracia, el desarrollo y la paz. Carrillo Salcedo: "Permanencia…", o. cit., p. 242. Y analizados en profundidad por Boutros Boutros-Ghali en "Le droit international à la recherche des ses valeurs: paix, développement, démocratisation", *RCADI,* vol. 286, 2000, p. 9-38, o en *Paix, développement, démocrati*e. *Trois agendas pour gérer la planète*, Pedone, París, 2002. O por Prosper Weil, quien señala que de las ruinas de la guerra fría y del enfrentamiento entre bloques se pensaba que iba a surgir un nuevo orden internacional basado en la primacía del derecho, la intangibilidad de las fronteras, el respeto a los derechos humanos y la exaltación de la democracia pluralista. Weil: o. cit. p. 12. Por su parte, Christian Tomuschat resalta la paz, la justicia y el orden. Tomuschat: "International…", o. cit., p. 68 y ss. Ahora bien, tienen cabida otros, como, a título de ejemplo, la dignidad humana, la libertad, la igualdad entre personas, el pluralismo político, la erradicación de la pobreza…

[118] Tales como la soberanía, la independencia e integridad de los Estados. Como para gustos se han hecho los colores, Fernando Mariño los denomina *principios fundamentales* del ordenamiento jurídico internacional (Mariño Menéndez: *Derecho internacional,* o. cit., p. 66 y ss.). González Campos et al. prefieren calificarlos como *estructurales* que expresan los valores fundamentales que inspiran la estructura general del ordenamiento jurídico en un determinado momento de su evolución histórica (Julio D. González Campos et al.: *Curso de derecho internacional público*, 2ª ed. rev., Civitas, Madrid, 2002, p. 92 y ss.). Por su parte, Manuel Díez de Velasco y Carlos Jiménez Piernas los califican como *principios constitucionales o estructurales* (Manuel Díez de Velasco y Carlos Jiménez Piernas: "El concepto de derecho internacional público", en Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, 13ª ed., reimp, Tecnos, Madrid, 2002, p. 55-69, esp. p. 64 y ss.). Un estudio completo y a la vez muy pedagógico puede hallarse en: Gregorio Garzón Clariana: "Los propósitos y los principios de las Naciones Unidas", en Manuel Díez de Velasco: *Las organizaciones internacionales*, 13ª ed., 2003, p. 157 y ss. César Sepúlveda: *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, 1ª ed. y 1ª reimp., Facultad de Derecho UNAM y Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 124 y ss.

[119] Como el principio *pacta sunt servanda*, que, en materia de tratados, fue codificado merced al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados; que, en la práctica, puede verse afectado por otro principio: *rebus sic standibus*. A nivel doctrinal puede recordarse que Carrillo sostiene que "la Carta de las Naciones Unidas no ha eliminado el conjunto de principios que inspiraron el orden internacional tradicional, ya que en ella perviven los principios de la igualdad soberana de los Estados y la obligación de no intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados" (Carrillo Salcedo: "Permanencia …", o. cit., p. 247).

derecho institucional.[120] Presentan, hasta cierto punto, un contenido variable que puede evolucionar a medida que producen cambios relevantes en la sociedad internacional y, por ende, no están exentos de las preocupaciones socioconómicas, políticas o éticas que en ella predominan.

Pueden considerarse como valores comunes aquellos que acepta la sociedad en su conjunto y que ponen de manifiesto que la comunidad internacional también persigue el bien común, el interés general y un orden solidario, en el cual el ser humano ha de ocupar el lugar central que le corresponde, algo que ya en el siglo XV Vitoria expresaba en su célebre "*Totius orbis, qui aliquo modo est una res publica*".[121]

Por su parte, los principios podrían considerarse como el núcleo de una incipiente constitución, considerada en un sentido material, puesto que, si se tiene en cuenta el parecer de Mariño,[122] "todos los Estados y grupos de Estados (importantes) han participado en la elaboración y adopción de los instrumentos escritos apropiados" en los cuales se recogen.

Obviamente, las importantes crisis que ha sufrido la sociedad internacional han influido en la creación de nuevos paradigmas, produciendo, en muchos casos, ciertas paradojas entre éstos y los viejos paradigmas.[123] Para superarlas no queda más remedio que innovar con cierta flexibilidad y utilizar nuevos planteamientos y perspectivas.

En definitiva, cabría señalar que, a pesar de sus paradojas, con esta tipología de normas se refuerza, por un lado, la idea particular de la comunidad internacional como sujeto de DI y, en general, el ideal de referencia obligada para que los sujetos de DI sepan que actúan dentro de la legalidad y con legitimidad en el marco de sus mutuas relaciones. Por otro, y al igual que sucede con respecto a las normas de *ius cogens*, se trata de normas que, de alguna manera, quiebran la exigencia del consentimiento estatal en favor de un consenso de la comunidad internacional; se corre así el riesgo de que, con ellas, se consagre un poder legislativo que favorezca, a la postre, que ciertos Estados, por lo general los más fuertes o los más numerosos, impongan determinadas normas al resto.

---

[120] Buenos exponentes son los artículos 1 y 2 de la Carta de San Francisco y la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General que contiene la declaración relativa a los principios del DI referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad de la Carta de las Naciones Unidas.

[121] Prosper Weil: "Vers une normativité relative en droit international!", en Prosper Weil, *Écrits de droit international* (Doctrine juridique), PUF, París, 2000, p. 21-56, esp. p. 32.

[122] Mariño Menéndez: *Derecho*..., o. cit., p. 66.

[123] Así por ejemplo, frente al principio de igualdad soberana de los Estados hoy se apuesta por el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas.

3.2. Las normas imperativas del DI o de ius cogens frente a las normas de carácter dispositivo

El DI contemporáneo ha admitido plenamente la existencia de normas imperativas o de *ius cogens*, frente al DI clásico, del cual se predica que estaba exclusivamente constituido por normas de naturaleza dispositiva,[124] corrigiendo así la inevitable dosis de relativismo, subjetivismo o voluntarismo que la soberanía ha venido imprimiendo en el orden internacional.

En efecto, aunque históricamente hablando pueda decirse que este tipo de normas hunde sus raíces en el siglo XIX,[125] es a partir de 1945 cuando la noción de *ius cogens* internacional adquiere importancia, como conjunto de normas que no pueden ser modificadas válidamente por la voluntad de uno o varios Estados por ser expresión de exigencias morales y jurídicas indispensables para la propia existencia de la comunidad internacional.

Pero hubo que esperar casi un cuarto de siglo más,[126] para que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados determinara su régimen jurídico,[127] del que la doctrina internacionalista, con pocas divergencias, ha extraído su noción, destacando en ella algunas de sus características en tanto fortalezas —las más— y ofreciendo algunas de sus debilidades —las menos—. Y prácticamente por exclusión ha definido las normas dispositivas.[128]

De entre las primeras destaca, por una parte, su carácter imperativo o superior a cualquier otra norma internacional, que como tal obliga. Ello precisamente debido a los intereses que protege, esto es, porque salvaguarda el interés general de la comunidad internacional. En tal sentido, ha de reconocerse que este tipo de normas puede

---

[124] Éste es el pronunciamiento de Rodríguez Carrión. Véase Alejandro J. Rodríguez Carrión: *Lecciones de derecho internacional público*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 69.

[125] En una interpretación extensiva, podría observarse cierta aspiración moralizadora en los preámbulos de los convenios de La Haya de 1899 y 1907 relativos a las leyes y costumbres de guerra, al aludirse a las exigencias de la conciencia pública.

[126] Entre tanto, algunas disposiciones de los convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o convenios humanitarios para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, relativos al trato de prisioneros de guerra y a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, destilan cierta presencia de este tipo de normas (artículos 62, 63, 142 y 158).

[127] El artículo 53 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (y en su homólogo del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y Organizaciones Internacionales entre sí), establece que "es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de DI general que tenga el mismo carácter. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de DI general es una norma 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 una norma ulterior de DI general que tenga el mismo carácter".

[128] Manuel Díez de Velasco y Carlos Jiménez Piernas sostienen que "las reglas dispositivas se definen porque dos o más Estados pueden mediante acuerdo excluir su aplicación o modificar su contenido en sus relaciones mutuas" (o. cit., p. 74).

llegar a coincidir, en ocasiones, con algunos de los principios paradigmáticos del DI.[129]

Por otra parte, han de ser normas que han recibido una aceptación y un reconocimiento universales, o, lo que es lo mismo, que han sido aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional considerada en su conjunto. Lo cual implica, por un lado, que "obligan a todos los sujetos, con independencia de su actitud frente a la norma cogente",[130] y, por otro, que no parece incompatible con el parecer de la doctrina que defiende la existencia de normas de *ius cogens* de carácter particular o regional aplicables a un determinado número de Estados, a condición de que desarrollen normas del *ius cogens* general.[131]

Por otra parte, no admiten acuerdo en contrario, lo que significa, entre otras cosas, que priman sobre las restantes normas de DI por ser jerárquicamente superiores. Esta superioridad ha sido conectada, desde una perspectiva tradicional, en unos casos con la existencia del derecho natural,[132] en otros con ciertas aspiraciones morales,[133] en otros con sus raíces profundamente éticas,[134] y, desde un prisma más moderno, con una especie de rayo mágico que pulveriza los tratados que lo contradicen y con el efecto purgativo capaz de purificar el DI de aquellas normas contrarias a los principios superiores de la comunidad internacional.[135]

Y, en fin, por otra, que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de DI general que tenga el mismo carácter. Ahora bien, si surge una nueva norma de DI general, todo tratado existente que esté en oposición con esas normas se convertirá en nulo y terminará.[136]

En lo que atañe a las segundas, cabe recordar, casi como un arma de doble filo, la prudente actitud que mantuvo la Comisión de DI en la preparación del proyecto de artículos, prefiriendo dejar la determinación del contenido de este tipo de normas a la práctica y a la jurisprudencia internacional.[137] Aun así, buena parte de doctrina especializada ha tratado de precisar, hasta donde ha sido posible, su contenido, de manera

---

[129] F. Mariño, aun preconizando sus equivalencias, distingue, con magistral pedagogía, sus diferencias, explicando con ejemplos tales como los principios de buena fe, igualdad soberana de los Estados y cooperación. Mariño Menéndez: *Derecho*..., o. cit., pp. 68 y 69.

[130] Antonio Remiro Brotons et al.: *Derecho internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 175.

[131] Mariño Menéndez: *Derecho*..., o. cit., p. 69. Carreau: *Droit international*…, o. cit., p. 81.

[132] Así lo hizo, por ejemplo, el delegado italiano que participó en la Conferencia de Viena de 1968 y 1969. Véase Doc. A/CONF.39/C.1/Sr. 54, p. 15.

[133] En términos similares el profesor Remiro señala que la idea de un *ius cogens* internacional, del *ius preceptivum* al que se refería F. Suárez en el siglo XVI, despega del campo de las aspiraciones morales para aterrizar en el DI poniendo límite a su nuclear relativismo. Véase Remiro Brotons: *Derecho internacional público. 1. Principios*..., o. cit., p. 63.

[134] Pastor Ridruejo: "Le Droit international…", o. cit., p. 297.

[135] Sur: "Les phénomènes…", o. cit., p. 54.

[136] En concreto en su artículo 64.

[137] Véase *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1963, p. 232.

que pueden considerarse las diversas enumeraciones como indicativas y abiertas, dado su carácter evolutivo y no siempre satisfactorio y plenamente coincidente para todos los Estados.[138]

Otra hipotética debilidad puede plantearse a la hora de garantizar o de proteger las normas de *ius cogens*, barajándose la posibilidad de permitir que los Estados dispongan de una legitimación para poder actuar defendiendo el interés general, aunque sea por mandato o encargo de una determinada organización internacional. La práctica propiciada estos últimos años desde el Consejo de Seguridad de la ONU apunta en esta dirección como respuesta a determinadas actuaciones efectuadas por algunos Estados vulnerando la norma imperativa que prohíbe el uso de la fuerza.[139]

Sea como fuere, el DI reconoce la existencia de normas de *ius cogens*, en contraste con las normas más numerosas del derecho dispositivo, encontrando su razón de ser en un conjunto de normas que se hallan positivizadas fundamentalmente gracias al derecho convencional,[140] al derecho institucional[141] y a la jurisprudencia internacional.[142]

---

[138] En el plano doctrinal se han formulado diversas relaciones de categorías según pongan el acento en la noción de comunidad internacional, en los derechos de la persona humana, en los derechos y obligaciones estatales o en los principios básicos que se recogen en la Carta de las Naciones Unidas. Entre ellas, posiblemente una de las más completas sea el catálogo que presenta el profesor Carrillo (Juan Antonio Carrillo Salcedo: *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 284-285), quien, partiendo de la premisa de que las normas imperativas constituyen el mínimo esquema jurídico que la comunidad internacional estima indispensable para su existencia en un momento determinado, detalla un listado de principios y normas que hacen referencia a la infraestructura interestatal del DI (como la igualdad de los Estados o la no intervención en los asuntos internos), o a los grandes factores que intervienen en el proceso de transformación del orden internacional: su proceso de institucionalización (como la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales o la obligación de arreglo pacífico de las controversias) y su proceso de humanización (como los derechos fundamentales de la persona humana y el derecho de los pueblos a la libre determinación).

[139] Como sucedió con el conjunto de resoluciones que adoptó tras la invasión de Kuwait por el ejército iraquí.

[140] Así, de acuerdo con el artículo 136 del Convenio de Montego-Bay sobre el Derecho del Mar de 1982, la zona internacional de los fondos marinos y sus recursos constituyen patrimonio común de la humanidad e igualmente mediante el artículo 311.6 del mismo cuerpo convencional los Estados partes se obligan a no hacer enmiendas a ese principio y a no ser partes en ningún acuerdo contrario a él.

[141] Según Remiro, puede apreciarse una cierta coincidencia alrededor de unos principios fundamentales que básicamente son los de la Carta de las Naciones Unidas, desarrollados por la Declaración relativa a los principios de DI referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta, adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970, mediante la resolución 2625 (XXV). (Cf. Remiro Brotons: *Derecho internacional público. 1. Principios*, o. cit., p. 69).

[142] Así el TIJ, en su sentencia de 5 de febrero de 1970 en el caso de la Barcelona Traction (véase, entre otros estudios, Adolfo Miaja de la Muela: *Aportación de la sentencia del Tribunal de La Haya en el caso Barcelona Traction (5 de febrero de 1970) a la jurisprudencia internacional*, Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, Valladolid, 1970), hace referencia a las obligaciones que tienen los Estados con respecto a la Comunidad internacional en su conjunto para caracterizar determinadas obligaciones que califica como *erga omnes*, y que se derivan del *ius cogens* internacional. Estas obligaciones según

3.3. Las normas regionales y especiales frente a las normas universales

La graduación de este tipo de normas presenta una evidente relación con las anteriormente analizadas y obedece a la propia realidad de las cosas, que muestra cómo las características de universalidad y de heterogeneidad de la actual sociedad internacional inciden nítidamente en el DI de nuestros días, de manera que puede observarse la presencia de normas internacionales cuyo ámbito de aplicación espacial es ciertamente variable.

Su universalismo, su regionalismo o su particularismo van a estar condicionados por los sujetos obligados, van a adquirir forma de determinadas fuentes jurídicas y, en ocasiones, van a primar unas u otras materias.

Desde un ángulo subjetivo las normas universales son de aplicación a todos los sujetos internacionales, aglutinando normas tan próximas como algunos de los paradigmas del DI, las normas de *ius cogens*, cuanto las disposiciones de la Carta de la ONU u otras adoptadas por sus órganos, como, por ejemplo, en aras de preservar la paz.[143]

Por su parte, las normas regionales responden al conjunto de intereses que predominan en las relaciones internacionales que mantienen sujetos geográficamente próximos, como pueden ser los Estados europeos, los Estados americanos, los Estados africanos, los Estados de Oceanía, etc.[144]

Y, en fin, multitud de normas particulares rigen, bien a nivel bilateral o bien multilateral, las relaciones internacionales entre sujetos con intereses socioeconómicos, políticos, culturales, etc. muy concretos.

Desde un prisma formal, cabe reconocer que el DI general o universal encuentra sobre todo en la costumbre, pero también en algunas normas convencionales y en algunas normas institucionales, su mejor caldo de cultivo. Más numerosos son los tratados internacionales regionales y particulares que las costumbres. Y otro tanto cabe reseñar, por lo general, del DI particular.[145]

---

el *dictum* de este tribunal son el resultado de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y de las reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y de la discriminación racial. Pero existen numerosos asuntos entre los que se alude a esta figura, tales como el *derecho de paso por el territorio indio*, el *Sudoeste africano*, la *plataforma continental del Mar del Norte*, el *personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, o las *actividades militares y paramilitares desarrolladas en Nicaragua y en contra de ella*, etc.

[143] Recuérdese a este respecto el mandato de su artículo 103, amén de numerosas disposiciones de tratados internacionales que reconocen la supremacía de las disposiciones de la Carta.

[144] Desde una perspectiva muy pedagógica, David Ruzié apunta algunos trazos del DI americano, del DI europeo (Derecho del Consejo de Europa y de la Unión Europea) y del DI asiático. Véase David Ruzié: *Droit international public*, 16ª ed., Dalloz, París, 2002, pp. 5-6.

[145] Miaja destacaba, entre los que denominaba "ordenamientos internacionales parciales" en contraposición la "general", el derecho particular de cada una de las organizaciones internacionales, y el derecho convencional que vincula en sus relaciones recíprocas a cada par de Estados. Y añadía que "siendo el tratado una fuente primordial del DI, los convenios bilaterales entre dos Estados determinados y los multilaterales en que ambos son parte, crean derecho particular para sus mutuas relaciones,

Obviamente, en caso de conflicto entre el DI universal o general y el derecho regional o particular ha de prevalecer el primero.

3.4. La graduación de otro tipo de normas

Para finiquitar el tema de la graduación, merece la pena apuntar, por una parte, que también suele diferenciarse entre normas originarias o primarias y otras de carácter derivado o secundario. Por otra parte, hay que destacar la importancia cuantitativa creciente que va adquiriendo el denominado *soft-law* frente al *hard-law*. Todas ellas tienen mucho que ver con los procesos de institucionalización y de democratización que viene siguiendo la sociedad internacional y, en este sentido, se relacionan, de alguna manera con la destacada labor normativa que desempeñan, en nuestros días, las organizaciones internacionales.

Constituyen las primeras los respectivos tratados constitutivos, sobre la base de los cuales las instituciones u órganos de las organizaciones internacionales de que se trate adoptan las segundas.

El *soft law*, *derecho flexible*, *derecho blando* o *derecho en agraz*[146] obedece a una denominación anglosajona ciertamente contradictoria, en la medida en que no está constituido por auténticas normas jurídicas, sino más bien por actos prenormativos que no obligan y que requieren desarrollos normativos posteriores.[147]

Obviamente el *hard-law, derecho rígido, derecho duro o derecho maduro,* por su propia juridicidad, prevalece sobre aquél. Primacía que por razones obvias también tiene el derecho originario sobre el derivado.

4. Las funciones del DI y las materias de aplicación

Como es sabido, las funciones del DI clásico se centraban en la atribución de competencias estatales y en la fijación de los límites externos a ellas, subrayando, más que la complementariedad o la compatibilidad de los intereses estatales en aras de conseguir determinados objetivos, la existencia de conflictos propiciados por la defensa de tales intereses, que, por lo tanto, debía aminorar o eliminar si quería mantenerse la paz.[148]

---

diferentes en cada caso, aunque no deje de presentar en su conjunto algunos rasgos uniformes". Véase Adolfo Miaja de la Muela: *Introducción al derecho internacional público*, 7ª ed., Atlas, Madrid, 1979, p. 84. Por su parte, Alfred Verdross señalaba que existen unas pocas normas particulares de DI consuetudinario, indicando que algunos han vislumbrado esto en el asilo diplomático o en el ámbito del régimen particular de las aguas. Verdross: *Derecho internacional público*, o. cit., p. 113.

[146] Remiro Brotons: *Derecho internacional público. 1. Principios*, o. cit., p. 45.

[147] Tales como un tratado que aún no ha entrado en vigor o una recomendación de una organización internacional.

[148] Véase Miaja de la Muela: *Introducción…,* o. cit., p. 113. Comulga con esta idea Rodríguez Carrión, *Lecciones de derecho…,* o. cit., p. 68. De manera parecida (distribución de competencias y reglamentación de relaciones interestatales), Pastor Ridruejo: "Le Droit international…", o. cit., p. 305.

En realidad, abarcaba un conjunto de normas que, sobre la base de la soberanía estatal, afectaban al ejercicio del poder que desplegaban los Estados sobre su territorio (ámbito geográfico-espacial), sobre sus nacionales (ámbito personal), amén de las decisiones que podían afectar material y temporalmente a ambas esferas.

En consecuencia, se trataba de un DI que marcaba y favorecía las distancias entre los Estados, apostaba por su introversión y por que éstos desarrollaran un férreo control desde el ejercicio efectivo de su poder.

Por su parte, el DI contemporáneo, en palabras de Pastor, ha incrementado sus funciones, en la medida en que ya no es meramente competencial y relacional, sino que tiende al desarrollo, y a través de él a la paz, una paz positiva y dinámica que no sólo excluya la guerra, sino que elimine también las injusticias individuales y sociales que son fuente de discordias y tensiones entre los Estados.[149] En efecto, se ha convertido esencialmente en el derecho de la coexistencia pacífica y de la cooperación internacional.[150]

La *coexistencia pacífica* constituye una de las principales preocupaciones de la sociedad internacional nacida de la Segunda Guerra Mundial, que ha sido sancionada por la Carta de San Francisco y otras normas internacionales. Conforman sus cimientos, por un lado, el deber de preservar la paz y la seguridad internacionales, con lo que queda prohibida la guerra y se declara la agresión militar como vulneración capital del orden internacional. Por otro, la puesta en práctica de la denominada *diplomacia preventiva* en aras de detectar posibles focos de tensión, descubrir sus causas y aplicar las recetas apropiadas, incluso creando zonas desmilitarizadas.[151] Por otro, el restablecimiento de la paz por la vía del compromiso de las partes afectadas en el cumplimiento de la obligación de solucionar sus diferencias internacionales utilizando medios pacíficos.[152]

El mantenimiento de las relaciones de amistad, que tantas veces se recoge en una pluralidad de normas de DI, favorece tal función, al tiempo que constituye la correa de transmisión y su nexo con la segunda de las funciones apuntadas, la de la cooperación internacional, mucho más relevante que la anterior,[153] tanto por las materias que abarca, como por las normas en las que se fundamenta, como por los mecanismos e instrumentos en los que se apoya…

En suma, este DI contemporáneo aproxima los Estados, multiplica los organismos internacionales y la celebración de conferencias internacionales como foros que privilegian sus relaciones, apuesta por su extroversión y por que el ejercicio de su poder sea más flexible, teniendo presente una multiplicidad de factores.

---

[149] Cf. José A. Pastor Ridruejo: *Curso*…, o. cit., p. 61.

[150] Entre otros, participa de este parecer Castor Díaz Barrado: "La sociedad internacional en busca de un orden constitucional", *Anuario Argentino de Derecho Internacional,* VI, 1994-95, p. 13-40, esp. p. 13.

[151] Boutros Boutros-Ghali: "Paix, développement, démocratie…", o. cit., p. 9 y ss.

[152] De los cuales da buena cuenta el capítulo VI de la Carta de San Francisco.

Ahora bien, el actual DI no se limita a delimitar las competencias estatales, a conseguir la coexistencia pacífica de los Estados y a fomentar la cooperación internacional en sus diversas proyecciones, sino que además está promoviendo la *solidaridad internacional*.[154] En este sentido parece tener razón *sir* Robert Jennings cuando considera que se ha pasado de una concepción del orden internacional basada en el Estado a otra orientada por la noción de comunidad internacional.[155] Se trata de una función que exige la participación activa e inclusiva de los diversos componentes de la sociedad civil, muchas veces con los Estados y/o las organizaciones internacionales, pero en ocasiones sin ellos, en aras de conseguir objetivos esenciales para la supervivencia del planeta, tales como la erradicación de la pobreza y el hambre, el acceso al agua potable y el desarrollo sostenible, amén de hacer frente a retos globales como la energía, la deforestación, el cambio climático, la biodiversidad, el agujero de la capa de ozono, los organismos modificados genéticamente, el sida, el terrorismo y un largo etcétera.

En resumidas cuentas, puede reconocerse que el DI, a medida que ha ido evolucionando, ha ido ampliando sus funciones, pero sin desatender, en términos generales, las que ya venía desempeñando. En realidad, en cada evolución ha venido a responder, con el desarrollo práctico de sus funciones, a una de las tipologías de intereses que predominan en la actual sociedad internacional: el interés individual de cada Estado, el interés común a varios Estados y el interés general de la comunidad internacional o bien común.

Ahora bien, como ha puntualizado Weil, el sistema normativo internacional ha cambiado ciertamente su contenido,[156] lo cual puede observarse desde diversos ángulos, de los que muy probablemente el material sea un buen exponente.

En efecto, el DI clásico se aplicaba a muy pocas materias, las cuales además formaban parte esencial de las competencias estatales internas, tales como la paz y la guerra, la reglamentación pacífica de las diferencias internacionales o los privilegios e inmunidades diplomáticas.[157]

Por su parte, tras el inicio de su etapa contemporánea, el DI, además de profundizar en la regulación de las anteriores, se ha venido ocupando de otros sectores, tan diversos como el derecho de los tratados y el proceso de formación de las normas, el estatuto internacional del Estado incluyéndose las inmunidades estatales y la suce-

---

[153] Según Carrillo: "Permanencia y cambios…", o. cit., p. 252.

[154] En el fondo, Truyol ya vaticinaba esta función al señalar que el DI "ya no puede contentarse con delimitar entre sí las competencias estatales; debe enfrentarse con el establecimiento de un orden comunitario adecuado a las dimensiones del planeta, cuyo objetivo primordial e inmediato no es otro que el de la promoción equilibrada y armónica del desarrollo del conjunto de la humanidad considerada como un todo". Truyol y Serra: *La sociedad*..., o. cit., pp. 96-97.

[155] Carrillo Salcedo: *Permanencia y cambios en el* ..., o. cit., p. 256.

[156] Weil: "Le droit international…", o. cit., p. 127.

[157] Carreau: o. cit., p. 33.

sión de Estados, la responsabilidad internacional, el derecho diplomático y consular, el derecho del mar, el derecho de las organizaciones internacionales, el derecho de la Unión Europea, los derechos humanos, el DI del medio ambiente, el DI del desarrollo, el bio-DI, el DI económico, el DI de los transportes y de las comunicaciones, el DI del espacio, el derecho del comercio internacional, el DI de las nuevas tecnologías, etc. De manera que, en la actualidad, su contenido parece, en líneas generales, inmenso, tan solo limitado por aquellas necesidades y por aquellos desafíos que, de alguna manera, condicionan la sociedad internacional a la que se aplican.

En resumidas cuentas, en la actualidad el DI, atendiendo a las funciones que desempeña, pude definirse como el derecho de la coexistencia, de la cooperación y de la solidaridad;[158] y, con base en las materias a las que se aplica, como un derecho de contenido variable, casi ilimitado y tremendamente evolutivo.

5. Conclusiones

Tras el análisis y valoración de los anteriores elementos, ha de llegarse a la conclusión general de que el actual DI está conociendo una novedosa, verdadera y veloz evolución que, sin poner en jaque su unidad jurídica[159] ni su obligatoriedad, lo está forjando proteiforme,[160] más maduro y, a su vez, más complicado que en etapas pretéritas, entre otros motivos por su incesante e inacabada readaptación a la actual sociedad internacional en transformación.

En este sentido, la primera constatación que puede efectuarse radica en que *el DI actual ha dejado de ser estrictamente "público"*. Y ello debido a una pluralidad de razones, entre las cuales merece la pena apuntar las siguientes.

Uno, porque, aunque los Estados siguen siendo sus principales sujetos, ha pasado a regular relaciones internacionales en las cuales interactúan también otros, de ámbito diverso, con otro tipo de intereses, sensibilidades y necesidades; destacan, a este respecto, no sólo los principales componentes de la sociedad civil, sino también la comunidad internacional en tanto defensora del interés general y común.

Dos, por la manifiesta pluridimensionalidad que ofrece la jerarquía imperfecta de sus normas jurídicas, amén de la diversa tipología de obligaciones que entrañan, a

---

[158] De modo muy parejo, Pierre Marie Dupuy lo califica como "un droit de la coexistence entre égales souverainetés, dont il contribue à ajuster les compétences respectives entre égales comme les prétentions concurrentes. Il s'affirme également comme un droit de coopération, dans des domaines variés, en constante expansion. Il apparaît enfin comme un droit de la communauté internationale et de l'humanité, dont il aura à charge, dans le siècle naissant, de protéger les intérêts sinon de garantir la survie". Dupuy: *Droit*…, o. cit., p. 23.

[159] Sobre el particular, pueden analizarse las profundas e interesantes reflexiones de Dupuy. Pierre Marie Dupuy: "L'unité de l'ordre juridique international" (Cours général de Droit international public), *RCADI*, vol. 297, 2002, p. 9-489.

[160] Expresión que utiliza, con acierto, Serge Sur, en relación con las diversas fuentes de las que emana el DI. Sur: "Les phénomènes…", o. cit., p. 51.

cuya cabeza se sitúan los paradigmas del DI, que engloban todo un conjunto de valores y de principios superiores que dan una buena muestra de la permanencia y de la evolución del DI.

Tres, debido a la nueva tarea de solidaridad que viene acometiendo el DI, que le permite afrontar nuevos retos globales desde nuevos planteamientos que rebasan lo estrictamente público, amén de la expansión que ha seguido la función de cooperación y las readaptaciones que ha soportado la función de coexistencia para tratar de ser más pacífica y adecuada al momento presente.

Cuatro, dicha expansión se observa con plena nitidez desde las numerosas materias que regula el DI, que no sólo son públicas o mixtas, sino privadas, porque cada día interesan más a la sociedad civil considerada en su conjunto, y, por ende, a los Estados y a las organizaciones internacionales, al tiempo que se inspiran y defienden los valores superiores de la comunidad internacional.

En segundo lugar, y una vez que se ha argumentado la superación de su carácter público, conviene dejar constancia de que *se ha transformado en un DI global*. Lo cual no significa que sea estrictamente el derecho de la globalización internacional,[161] sino que, incluso, podría considerarse que, remarcando su faceta axiológica, pretende domesticar o domar lo más salvaje de ésta, o sea, ha de evitar o dulcificar lo más negativo de la globalización. Y, en esta línea, podría concebirse como el *DI de la solidaridad global*.

En todo caso, su marchamo "global" puede conectarse claramente con su aplicación a todo el globo terráqueo, y con él tanto a sus peculiares componentes y elementos, como a todas las actividades que en él se desarrollan o se emprenden desde él.

Se trata de un DI que, primero, revaloriza al *ser humano*, colocándolo en el centro de su atención, al preocuparse no sólo por su bienestar, sino por su supervivencia, al hacer frente a las grandes amenazas y desafíos que lo afectan en particular y, en general, a la comunidad internacional.

Segundo, apuesta, con decisión, por el *desarrollo sostenible*, que satisface las necesidades del presente sin comprometer las oportunidades de las generaciones futuras para satisfacer las suyas a través del impulso armonioso de sus tres componentes esenciales: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente.

Tercero, fomenta la *democracia*, mediante la adopción de nuevas normas, políticas y actuaciones que facilitan, cada vez más, la participación, en distintos niveles, de la pluralidad de sujetos internacionales. Para su logro encuentra menos obstáculos en el multilateralismo que en el hegemonismo o en el unilateralismo internacionales.

---

[161] Puesto que, si bien ésta es una de las características esenciales de la actual sociedad internacional, también se ve influida por otras tales como la institucionalización, la heterogeneidad, etc.

Cuarto, se halla condicionado por un *cúmulo de tendencias* que, aun manteniendo lo esencial de anteriores etapas, profundizan en ellas, abren nuevas perspectivas de cambio y lo van dotando de entidad propia; lo cual avala, en cierta medida, las reflexiones expresadas con anterioridad.

Una tendencia radica en la creciente importancia cuantitativa y cualitativa que presentan las relaciones económicas internacionales en un mundo fuertemente globalizado, lo cual está incidiendo en los nuevos avances del DI económico. En resumen podría decirse que aglutina todo un conjunto de normas que giran en torno al comercio y las inversiones internacionales, afectando, al propio tiempo, a la libre circulación de mercancías, de servicios y de capitales. En su elaboración participan elementos de la sociedad civil tales como algunos bancos y multinacionales, al lado de los Estados y de ciertas organizaciones internacionales. Entre ellas destaca, sin duda, el papel capital que, a nivel global, desempeña la OMC en lo que atañe a la reglamentación del comercio mundial, comparable al que desde 1945 viene jugando la ONU en materia de preservación de la paz. Desde un ángulo económico-financiero destacan organismos como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional. Junto con estos de ámbito universal conviene no desdeñar las tareas que emprenden organizaciones regionales, como la OCDE.

Por otra parte, se observa una propensión a su judicialización o multiplicación de las jurisdicciones internacionales favoreciendo, en este sentido, la creación de un cierto DI procesal y una mayor relevancia de la jurisprudencia internacional. En efecto, estos últimos años estamos asistiendo a la creación de nuevos órganos jurisdiccionales internacionales, tales como el Tribunal Penal Internacional o el Tribunal del Derecho del Mar, así como a una readaptación de otros ya existentes, como, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su composición y funcionamiento tan próximos, pero tan diversos, obedecen a los propósitos para los cuales han sido creados y a las competencias de las que han sido dotados. En fin, sus reales o virtuales conflictos y contradicciones jurisprudenciales reclaman sosegadas reflexiones desde la dogmática jurídica.

Relacionada con la anterior, en la medida en que algunos de ellos se configuran como mecanismos defensores, puede apuntarse una tercera tendencia: la indiscutible universalización y el fomento de la defensa de los derechos humanos. La primera ha de ser entendida tanto en un sentido material cuanto en sus aspectos subjetivos, puesto que se viene produciendo un constante incremento del número de partes que suscriben las normas internacionales protectoras. Por su parte, el fomento de la defensa se observa en los nuevos mecanismos creados para su defensa y en la adecuación de los ya existentes.

Y otras evoluciones que se vislumbran afectan al tema de la salvaguarda del medio ambiente como mecanismo de supervivencia del ser humano, en particular, y del planeta Tierra en su conjunto; a los prolíficos y complejos procesos de integración regional que inciden en la creación de órdenes jurídicos particulares; a los nue-

vos planteamientos y a la adecuación de otros más viejos para hacer frente a los desafíos que plantean actores antisistema, como pueden ser los terroristas y las organizaciones criminales internacionales; a la *gobernanza* y la lucha contra la corrupción;[162] y, por supuesto, las nuevas evoluciones en el campo del mantenimiento de la paz internacional, que parecen anunciar una actualización del derecho de los conflictos armados.

[162] Tomuschat, "International Law…", o. cit., p. 68 y ss.

Heber Arbuet-Vignali (Uruguay) *

Soberanía, constituciones y comunidades. Algunos otros aportes a un enfoque europeo **

Hace poco tiempo un constitucionalista español, Mario Aparició Wilhelmi (2001),[1] comenzaba una muy interesante reflexión sobre la realidad y el derecho que la regula, diciendo: "A nadie escapa que la realidad jurídico-política de lo que cono-

---

* Catedrático y director del Instituto de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Premio CONICYT nivel III 1999. ‹heberarbuet@movinet.com.uy›

**Esta obra forma parte de una investigación sobre el atributo de la soberanía, iniciada en 1978 y cuyos resultados vienen siendo adelantados en entregas parciales, entre las que se cuentan las siguientes:

Publicados: Libros: *Los precursores de la idea de soberanía. Nicolás Maquiavelo y Jean Bodin.* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004. *La soberanía, los Estados y un mando coordinado u ordenado mundial* (en colaboración con Luis Barrios), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003. Artículos: "La soberanía uruguaya en los espacios marítimos", en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, vol. II, Montevideo 1973, pp. 127 a 155. "Algunas reflexiones sobre crisis, realidad y perspectivas del derecho internacional público", en *IXº Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano de la OEA*, Secretaría General de la OEA, Washington, 1982, pp. 61-104. "El atributo de la soberanía en el origen y desarrollo del derecho internacional clásico y contemporáneo y en el actual sistema adecuado a la tecnología nuclear", en *Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, Washington 1991, en *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 5, pp. 21-38, Montevideo, julio-diciembre 1993, en el capítulo I de *Derecho internacional público. Temas de la teoría general*, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas UNL, Santa Fe, 1995, y en portugués como "O atributo da soberanía", en *Estudos da Integração*, 9º vol., Senado Federal, Brasilia 1996; "El concepto de soberanía y el ingreso al Mercosur", en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, año II, nº 5, pp. 61-70, Montevideo, 1991; "De la historia, la filosofía y un nuevo realismo frente a la política internacional", en *Inter mundo, Revista del Centro de Estudiantes de Relaciones Internacionales*, año I, nº 1, pp. 37-42, Montevideo, 1991. Publicado también en *Revista del Ejército de la República O. del Uruguay*, año VI, nº 9, pp. 53-56, Montevideo 1991. "La evolución histórica de la relación entre el atributo de la soberanía y las fronteras", en *Nuestras fronteras. Situación general y problemas*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992, t. I, pp.15-18. "Mercosur, soberanía y supranacionalidad y sus repercusiones jurídicas y políticas", en *Revista de la Integración del Centro de Relaciones Internacionales*, año 5, nº 8, pp. 65-74, La Plata, mayo de 1995; "Naturaleza y extensión de la protección internacional de los Derechos Humanos y sus vinculaciones con la soberanía", en Héctor Gros Espiell: *Liber Amicorum*, vol. I, pp. 21-37, Bruselas, 1997; "Soberanía e inte-

cemos como Estado ha sido objeto de profundas transformaciones desde que en el contexto europeo de la Alta Edad Media empiezan a conformarse las entidades políticas dotadas de soberanía a las que se reconoce dicho carácter estatal. Es precisamente respecto del atributo de la soberanía, su principal sello distintivo, donde mayores cambios se han experimentado a lo largo de su evolución" (p. 3). El autor continúa luego con una serie de agudas consideraciones sobre la incidencia del pro-

---

gración: conceptos opuestos o complementarios?", en *Temas de integração con enfoque Mercosul*, I, LTr, São Paulo, 1997; "De fronteras, países y soberanías", en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho*, año VI, nº 13, Montevideo, 1998. "La soberanía hacia el siglo XXI: desaparición, divisibilidad o nuevos odres para añejos vinos?", en *Revista de la Facultad de Derecho* n° 15, Montevideo enero-junio 1999, pp. 93-120; "El atributo de la soberanía en el ámbito internacional", en *El Derecho Digital*, ‹wwelderechodigital.com.uy›, Montevideo, diciembre 1999. "Evolución de la protección internacional de los derechos humanos", en *Derechos humanos. A los 50 años de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Universidad Católica y Amalio Fernández, Montevideo, 1999. "La soberanía, la realidad y la enseñanza del derecho internacional", en *Jornadas de Derecho Internacional,* Montevideo, 18-20 de octubre de 1999. *Uruguay*, libro colectivo editado por la Secretaría General de la OEA, Washington D.C., 2000, pp. 217-226. "El atributo de la soberanía en el marco de la integración internacional", en IX*º Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur. Los procesos de integración en el nuevo milenio*, Universidad Católica de Bolivia, La Paz, 2000, pp. 171-185. "El atributo de la soberanía en Emeric de Vattel", en *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 18, julio-diciembre 2000, pp. 165-197. "Relaciones entre el derecho internacional público y el privado: soberanía y orden público", en *Liber Amicorum* en homenaje a Tatiana B. Meakelt, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas 2001, t. I, pp. 3-26. "El Estado, la soberanía y el marco internacional" (en colaboración con Luis Barrios), en *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 20, julio-diciembre 2001, pp. 11-46. "La idea de soberanía en el pensamiento kantiano", en *Liber amicorum en homenaje a Ernesto Rey Caro*, Córdoba (Argentina), 2002. "Las exigencias de la civilización en el siglo XXI y sus desafíos al derecho de la integración", en libro colectivo del Primer Acto Académico de la Cátedra Latinoamericana para la Integración, ALADI, Montevideo, 2002.

Inéditos: "El atributo de la soberanía en Juan Kaspar Blunschli" (para publicar en *Liber Amicorum* de Manuel A. Vieira). "El atributo de la soberanía en el ámbito internacional" (para publicar en *Revista da Associação Brasileira de Estudos da Integração*, Porto Alegre, y en *Seminario en homenaje a Álvaro Bauzá Araujo*, Montevideo, 2000). "Soberanía, supranacionalidad y cambios en el sistema interno que exige el ingreso al Mercosur" (para *Revista de la Universidad Nacional de La Plata*, Argentina). "Asilo y refugio. Concepto, naturaleza y vínculos con la soberanía" (para publicar en *Cuaderno de la Facultad de Derecho*, Montevideo). "Las exigencias de la civilización en el siglo XXI y sus desafíos al derecho de la integración" (para publicar en libro colectivo del Primer Acto Académico de la Cátedra Latinoamericana para la Integración. ALADI, Montevideo, 2002). "Dimensión jurídica 2002 de los procesos de integración", para libro electrónico de las ponencias del Vº Congreso Euro-Latinoamericano sobre Integración, Montevideo, agosto 2002.

Elaborados: *La soberanía en* El Príncipe *de Maquiavelo. La soberanía en la obra de Heber Arbuet-Vignali:* I. Artículos entre 1964 y 1966; II. Artículos del lustro 1969-1973; III. Los primeros avances: 1976-1982. Bodín. Primer quiebre jurídico en la teoría de la soberanía. En elaboración: La responsabilidad en la conducción política interna e internacional. El atributo de la soberanía en Wolfgang Friedmann. El atributo de la soberanía en F. H. Hinsley. El atributo de la soberanía en Jellineck. El atributo de la soberanía en Adolf Waltz.

[1] Marcos Aparicio Wilhelmi (2001): *Normalidad y normatividad constitucionales ante el proceso de integración europea*, WP 188, Institut de Cìencies Socials, Barcelona, 2001.

ceso de integración europeo en el quiebre de las tensiones tradicionales, que se dan entre la realidad política de las sociedades humanas que se organizan en Estados y la realidad jurídica del derecho que regula las relaciones producto de tal organización. Estas realidades siempre se han vinculado con las bases constitucionales de los sistemas jurídicos que fundan su legitimidad en la teoría de la soberanía (p. 4).

Citando a Jauregui (1998),[2] afirma que existe una ruptura de las tensiones que se establecen entre lo social, económico y tecnológico ubicado en la actualidad y "[…] las reglas constitucionales ancladas en sistemas decimonónicos […] que llevan a una desaparición progresiva de los elementos apuntados por Heller (1942)[3] en su teoría del Estado: unidad de soberanía de acción y decisión, poder supremo, exclusivo e irresistible, sustantivo, centralización territorial, monopolio del poder, sujeción de todos los poderes seculares y religiosos al Estado" (pp. 4 y 5). Ya no habría coincidencias entre las realidades económica, social y tecnológica, que se han transformado, y la pretendida regulación jurídica de éstas, que se mantiene en el pasado.

Estas transformaciones, dice, llevan a la impotencia del Estado y son reflejo de una serie de fenómenos de los cuales no todos adoptan formas jurídicas (p. 5). Más adelante, citando a Rubio Lorente (1996)[4] advierte en relación con los procesos de integración que la reducción de la soberanía estatal como consecuencia del aumento de los ámbitos de regulación comunitaria es "[…] potencialmente indefinida no sólo por la posibilidad de la reforma de los tratados fundacionales, sino también a través de la interpretación expansiva que dichos tratados atribuyen a la Comunidad: la tendencia hacia la ampliación del poder comunitario no es coyuntural (fruto del apetito de los burócratas europeos), sino estructural, consecuencia natural del *telos* de la integración […]; de la ilimitación del proceso y de la técnica utilizada para la atribución de competencias a la Comunidad" (pp. 8 y 9).

A continuación y con el propósito de superar estas divergencias, Aparicio se plantea dos posibilidades "[…] o bien que desde la normativa vigente sea posible acercarse a la realidad, tan solo necesitando una interpretación de la norma distinta a la dominante […], o bien la única manera satisfactoria para lograr acercar norma y realidad pasa por abordar modificaciones en el sistema normativo […] el enorme desfasaje existente entre realidad política y jurídica que se genera en el nivel estatal como consecuencia del proceso de integración no recae en una dinámica inherente del sistema comunitario sino que es fruto de la incapacidad que hasta ahora ha demostrado el Estado […] en reformular alguno de sus tradicionales presupuestos para hacerlos compatibles con esa realidad comunitaria de la que forma parte […]"

---

[2] G. Jauregui (1998): "Estado, soberanía y constitución: algunos retos del derecho constitucional ante el siglo XXI", en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998.

[3] Herman Heller (1942): *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

[4] F. Rubio Lorente (1996): *El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*, REDC, 1996.

(p. 13). Como resultará del desarrollo de nuestra posición, coincidimos en que el quid de la cuestión se encuentra en esa capacidad de reformulación.

Más adelante, en lo que interesa al objeto de nuestra actual reflexión, concluye diciendo que la mejor manera de clarificar el problema se logra considerando dos situaciones "[…] que se sitúan en el vértice que une lo jurídico y lo político: 1) la determinación de la competencia: quién (que sistema, qué órgano) tiene la última palabra sobre el ámbito competencial de uno (y de otro);[5] 2) en qué medida los derechos definidos por cada uno de los sistemas constitucionales suponen un límite infranqueable a la acción comunitaria […] Sin esa perspectiva global (no monista) no haríamos más que darnos contra el muro de la aporía que supone tratar de compatibilizar la supremacía constitucional (basada en el principio de la soberanía) con el de primacía del Derecho Comunitario" (p. 16). Agrega que el ordenamiento comunitario no tiene vida propia y sólo se actualiza "[…] cuando se aplica en espacios territoriales concretos, a una población específica y por medio de unas instituciones que forman parte de un determinado aparato estatal […]". "A partir de ahí —continúa diciendo— la conclusión parece clara: dos ordenamientos que entran en relación por ser aplicables a unas mismas personas destinatarias, deben definir sus reglas de resolución de conflictos a partir de la supremacía final del ordenamiento del que parte la legitimidad, esto es, del ordenamiento constitucional, el único que tiene una legitimidad propia, la que le ofrece una Constitución fruto del ejercicio del poder constituyente, soberano, de un pueblo […]" (p. 17). Concluye finalmente en que el proceso europeo de integración no posee esa legitimidad propia "[…] que debe partir de un pueblo europeo (pueblo no conformado como tal) […]" (p. 18).

Luego dice Aparicio que toda la discusión en procura de lograr una conciliación entre normalidad y normatividad en el actual marco de la Europa integrada "[…] ha venido siendo planteada alrededor del intento de conciliar dos lógicas diversas: la lógica de la integración y la lógica de la soberanía. Hasta el momento, los intentos de conciliación han venido por el camino de imponer una de las dos lógicas sobre la otra. Tampoco ha sido infrecuente, por otro lado, la opción de rehuir el conflicto a partir de una identificación de la realidad del sistema comunitario elaborada sin querer o sin poder entrar en sus verdaderos elementos definitorios. Así ha ocurrido en numerosas ocasiones con el recurso a la idea de supranacionalidad, sin duda una de las propuestas de mayor aceptación […] pero que en muchas ocasiones ha consistido en definir el fenómeno más por lo que no es que por lo que es" (p. 19).

Por último, después de formular interesantes consideraciones acerca de otros asuntos más relacionados con el derecho constitucional, respecto al tema que nos interesa, dice Aparicio que "[…] el actual debate en torno a la Carta Europea […] [es] un debate centrado en contenidos y grados de vinculación y que sin embargo olvida casi por completo la trascendencia que el aspecto procedimental tiene de cara

---

[5] Se refiere al Estado parte y a la comunidad.

no sólo a la legitimidad de la Carta (base esencial de su eficacia sobre todo en un contexto en el que no existe un poder coactivo centralizado), sino respecto de todo el sistema comunitario, su relación con los sistemas nacionales y el proceso de integración en su conjunto […]", y concluye sobre el punto, en que "[…] curiosamente un esquema muy parecido es el que subyace en la discusión acerca de la determinación de la competencia de la competencia, en la que, de momento, prefiero no entrar […]" (pp. 21 y 22).

Esta larga cita de un autor y de sus citas a otros, no habitual en nuestro estilo de producción, y menos aun en el de los últimos años, se debe a varias razones. En primer lugar, al dominio del tema y a la profunda penetración que Aparicio demuestra en un problema jurídico de gran trascendencia doctrinaria y práctica; en segundo término, a que el asunto está planteado en uno de los marcos de mayor impacto y significación: el de la Unión Europea, orientada hacia un proceso de integración comunitaria de gran profundidad, pero que no pretende, al menos por ahora, llegar a la eliminación de las soberanías participantes para reunirlas en un nuevo Estado federal o unitario.[6] Pero, además, por compartir lo sustancial de las conclusiones del autor y creer que llevándolas un poco más allá, como lo hemos hecho en otras ocasiones,[7] se puede adoptar posición sobre "la determinación de la competencia" y lograr una buena y armónica aproximación a la solución del importante problema planteado.

Antes de mediados del siglo XX, cuando comienza a gestarse el actual contexto integrado europeo a que se refiere el autor,[8] también se intentaron otros procesos de integración profunda, los que generaron desajustes temporarios entre la normalidad real y la normatividad institucional. En todos los casos estos desajustes, en definitiva, terminaron armonizándose en favor del Estado-nación y su atributo de la soberanía; solución que subordinaba todas las lealtades humanas a una constitución dentro de unas fronteras comunes. Esto ocurrió en los casos en que el proceso de acercamiento de las unidades independientes culminó y se consolidó en un nuevo Estado mayor y comprensivo de todas las partes,[9] que conservaban sólo algunas peculiaridades protegidas por los límites y las instituciones de los estados federados. También se produjo cuando el proceso fracasó y los centros en aproximación volvieron a disper-

---

[6] Lo que nosotros llamamos *integración de Estados para su fusión*. Véase al respecto Heber Arbuet-Vignali (2001): *Las claves jurídicas de la integración*, cap. IV, sección IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, en prensa.

[7] Véanse las obras citadas en la nota 1, que integran nuestra investigación sobre la soberanía.

[8] No tomamos en cuenta al caso de la Comunidad Andina de Naciones, porque no es a él al que se refiere Aparicio y porque la falta de concordancia entre sus postulados jurídicos y organizativos con la realidad de su actividad y desarrollo impiden considerarla un proyecto de integración profundo y lo sitúan, en una ubicación conceptual intermedia similar a la del Mercosur, aunque por otras razones.

[9] Casos de los Estados Unidos de Norteamérica, la República Argentina, Alemania y otros países. En todos ellos, después de superar, algunos, la etapa de confederación; otros, estadios de acercamiento muy intenso pero no tan institucionalizado como una confederación, y otros, uniones aduaneras con implicaciones políticas.

sarse retornando a sus figuras de Estados nacionales separados.[10] En otros intentos de acercamiento, menos profundos, llamados también de integración por la mayoría de la doctrina americana y considerados procesos de cooperación por la doctrina europea, el problema no se presenta porque, en estos casos, los Estados participantes mantienen nítidamente sus identidades separadas.[11] En otras situaciones, las distancias entre deseos e intenciones con la realidad, la institucionalización y las normas jurídicas que las condicionan, recrean la falta de concordancia entre normalidad y normatividad que preocupa a la doctrina europea, aunque se trata, en estos casos, de problemas que resultan más de la falta de ajuste y coherencia que de la realidad política y jurídica.[12]

Los casos de desajuste entre normalidad y normatividad constitucionales se ubican en la realidad, influyen en las esencias y exigen una respuesta ajustada a la hermenéutica jurídica, sólo en aquellas circunstancias en que los Estados se proponen concretar una integración profunda, comunitaria, pero no desean ir más allá encuadrándose en una única constitución federal. El problema se plantea dentro de aquellos sistemas que procuran una alta eficacia operativa y, para potenciarla, los Estados miembros profundizan la interdependencia sin perder la individualidad. Se da cuando los Estados que participan en el proceso, para tornarlo eficaz frente a los ajenos, procuran reglas inmediatamente obligatorias que se les impongan, pero sin que esto los confunda y determine que pierdan sus identidades. Será en estos casos donde surjan los problemas de discordancia entre las instituciones de los sistemas clásicos y la realidad en que se vive, y donde se planteen, dentro del ámbito de competencias puestas en común, los problemas acerca de la soberanía de los Estados miembros dada la prevalencia de la normativa común en el marco estatal de éstos.

Un serio problema se presenta a la teoría general cuando se desea construir un sistema de integración profunda, comunitaria, pero no existe voluntad de concretar un último esfuerzo en el sentido de unificar a todos los participantes en un nuevo Estado que los abarque. En estos casos se pretende mantener la soberanía de los Estados partes, aunque se quiere y decide que una extensa gama de las competencias

---

[10] Caso de la intentada unión de Inglaterra e Irlanda. Situación del Imperio Austro-Húngaro después de 1918 y de la Confederación Centroamericana en el siglo XIX. También de los varios intentos de Suecia y Noruega; de la fallida República Malgache; o de los llevados adelante para formar una República Árabe Unida, de Egipto primero con Siria y después con Libia.

[11] Es el caso de los Estados involucrados en la integración del Pacífico, en ALADI, en el NAFTA, o de los que se involucren en el proyecto ALCA.

[12] Es el caso de los Estados agrupados en el Mercosur, cuya institucionalidad y régimen jurídico se mantiene en el marco de la clásica reunión de Estados independientes y soberanos dentro de un sistema, avanzado pero típico, de derecho internacional público. No obstante esta clara situación institucional, algunas corrientes sociales y políticas y también algunas aisladas elucubraciones jurídicas pretenden hacerlo llegar más allá, tratando de profundizar compromisos y forzar algunas —no todas, ni las más importantes— soluciones integradoras, dentro de un marco inadecuado e incoherente en la lógica jurídica correcta. Ver también, supra nota 8.

que normalmente resuelven los Estados en forma independiente pase a ser gobernada por órganos comunes con poderes de gobierno en relación con ese determinado e importante conjunto de materias y ámbitos de competencia. Esta decisión se adopta con el fin de atender con eficacia y coherencia ciertas acciones conjuntas en ámbitos donde el interés del grupo se entiende que debe prevalecer sobre las decisiones nacionales, con el propósito de fortalecer al grupo y mejorar la situación particular de cada uno de sus integrantes. En estos casos no puede pretenderse que la soberanía se menoscaba, disminuye o se divide,[13] porque estos supuestos son hermenéuticamente insostenibles y lo que ocurriría en realidad es que las soberanías particulares habrían desaparecido. Esto último, al menos por ahora, no es el deseo de todos los Estados europeos integrados, ni es una posibilidad inminente que resulte de un análisis cuidadoso de su realidad.

Ante la normalidad de la situación de hecho planteada por los procesos profundos de integración, la realidad jurídica referida al atributo de la soberanía parece que no se ajusta. O quizá esto sea sólo una apariencia producto de errores que son la consecuencia de mantener antiguas perspectivas. Esto último es lo que, en definitiva, nosotros pensamos.[14]

Para hacer los reajustes necesarios y acercar la norma a la realidad, dice Aparicio (o. cit., p. 13) que pueden intentarse dos caminos: modificar las normas o interpretarlas de manera distinta a la dominante. Respecto al caso europeo, modificar las normas equivaldría a iniciar el tránsito por un camino que conduciría a la pérdida de la individualidad y a la sujeción de los Estados que la perdieran a un nuevo poder, ajeno o compartido y dominante. O equivaldría a transitar otros caminos que dificultarían o impedirían la interpretación y aplicación de las normas comunes en la forma planteada actualmente, con los consiguientes riesgos de que perdieran su ejecutividad y eficacia, dificultando seriamente, o imposibilitando, la obtención de los fines que se persiguen con el proceso. Actualmente ninguna de las dos posibilidades resulta satisfactoria para los interesados. Tampoco son queridas por ellos, ni por los actores de otros procesos menos nítidos en la claridad de sus derroteros, como lo es el del Mercosur. ¿Será posible intentar otros caminos? ¿Podrían interpretarse las normas y los principios que las sustentan de manera distinta a la dominante, sin perder sus esencias ni desnaturalizarlas, pero de manera tal de permitir que la normatividad se ajuste correctamente a esta nueva normalidad y a los deseos de sus actores?

El problema del desfase entre normatividad y normalidad respecto a algunas situaciones actuales como la llamada *globalización* y, particularmente, las resultantes de las integraciones profundas, se origina en una equivocada concepción jurídica

---

[13] Véase especialmente, de las obras citadas en nota 1: *La soberanía hacia el siglo XXI: desaparición, divisibilidad o nuevos odres para añejos vinos*.

[14] De las obras citadas en nota 1, véase especialmente: *Soberanía e integración: ¿conceptos opuestos o complementarios?*

de la soberanía. Esa equivocación se generó en posturas filosófico-políticas que se desarrollaron especialmente en los siglos XVIII y XIX, las que identificaron a la soberanía con el ejercicio de los poderes de gobierno, la confundieron con el derecho del gobernante de turno y dieron lugar a concepciones absolutistas o, al menos, autoritarias o radicales.[15] Entendemos que estas ideas son el resultado de confundir la concepción de la soberanía dentro de la teoría del Estado en el pensamiento de Bodin, con la preferencia —circunstancial y explicable en su momento— de este autor por el régimen de la monarquía absoluta en su teoría de gobierno.[16]

La ubicación jurídica de este enfoque filosófico-político que identifica a la soberanía con el ejercicio de los poderes de gobierno se concreta en las expresiones de Heller recordadas por Aparicio (o. cit., pp. 4 y 5) y con las cuales aquél seguía el desviado camino iniciado por Hobbes: "[…] unidad de soberanía de acción y decisión, poder supremo exclusivo e irresistible, sustantivo, centralización territorial, monopolio efectivo del poder, sujeción de todos los poderes seculares y religiosos del Estado […]".

En realidad el ejercicio del poder tiene mucho que ver con la concepción política de la soberanía. Pero jurídica y filosóficamente, la teoría del poder tiene un papel secundario en el atributo de la soberanía. El ejercicio de los poderes ordenadores dentro del ámbito territorial del Estado es una consecuencia natural de la soberanía, de la existencia de un poder supremo ordenador condicionado y justificado por legitimación, popular, racional y científicamente comprobable.[17] Las esencias de la teoría de la soberanía se vinculan con este poder ordenador supremo y condicionado, pero no es de la esencia de la soberanía el ejercicio de los poderes de gobierno. Ni la constitución del poder ordenador ni el ejercicio de los poderes de gobierno pueden ser actualizados directamente por el titular jurídico de la soberanía, que siempre es un Estado, todos los Estados y sólo los Estados. Los Estados son entes jurídicos impulsados por seres humanos cuyas acciones y voluntades se imputan jurídicamente a aquéllos. Si vinculamos este aspecto de la normativa con la realidad aparece claro que un ente jurídico no posee conciencia y voluntad propia y por tanto no ejerce directamente los poderes que el derecho le pueda atribuir, sino que lo hace a través de los soportes de sus órganos, una persona física (el monarca absoluto), un conjunto de personas físicas (la Convención en la Revolución Francesa) o todas las personas físicas (la democracia directa en aquellos casos en que la pequeña dimensión del grupo permite su funcionamiento). El titular del atributo de la soberanía siempre es

---

[15] Tal el caso de la doctrina de la soberanía del gobernante en beneficio del monarca absoluto y, en cierto sentido, aunque no fuera su intención, la de la doctrina de la soberanía popular en sus primeras manifestaciones, donde se cambia el protagonista pero no los fundamentos del ejercicio del poder.

[16] Véanse nuestras reflexiones al respecto en: *Los precursores de la idea de soberanía. Nicolás Maquiavelo y Jean Bodin* (nota 1).

uno, el Estado. El radicante de la soberanía, el o los soportes de los órganos cuya expresión de voluntad se atribuye a ese Estado actuando como soberano, en los actuales sistemas democráticos, lo es la Nación, o sea, el conjunto de personas que integran el pueblo del Estado y que, según sus normas, están llamadas a pronunciarse en su nombre respetando las reglas consagradas por los pueblos que anteriormente integraban la Nación, para defender los intereses de los pueblos de la Nación del porvenir. Y los ejecutores de los poderes de gobierno, que son una consecuencia directa y necesaria de la soberanía, pero no su esencia, se identifican con otros conjuntos humanos, más restringidos que el pueblo de la Nación y que son los soportes orgánicos de otros órganos importantes, pero menos que el pueblo de la Nación en su conjunto y que denominamos constituyentes, jefes de Estado, jefes de Gobierno, legisladores, jueces, autoridades de contralor, etc. En la práctica tradicional estas distintas autoridades se integraron con personas e instituciones nacionales, originadas dentro de las fronteras que enmarcan al Estado titular de la soberanía. Pero nada impide que, sin desnaturalizar en absoluto el atributo de la soberanía en su tradicional y única versión,[18] los poderes que son su consecuencia sean ejercidos por otras personas o entes cuyas lealtades no sean exclusivamente nacionales, incluso que sean ajenas al Estado, como lo es, por ejemplo, una organización internacional. Esto puede ocurrir sin afectar el atributo de la soberanía siempre y cuando la transferencia de esas competencias no sea definitiva y el pueblo del Estado que asume ese compromiso temporal, jurídicamente tenga la posibilidad de revocarlo y abocarse nuevamente al ejercicio interno de esos poderes, o confiarlos a otros seres o entes externos pero distintos de aquel a quien temporalmente se los había confiado.

He aquí una primera pista para la solución de la dicotomía: el atributo de la soberanía no se ve afectado por la naturaleza, las características o el origen nacional o no de la persona física o jurídica encargada y responsable del ejercicio de los poderes de gobierno ordenadores que son la consecuencia de la soberanía. Su distribución y atribución no afecta al atributo en tanto el Estado retenga la posibilidad y capacidad, ejercidas a través del pueblo de su Nación, de determinar a quiénes los encomienda, manteniendo o modificando su decisión anterior. Lo característico del atributo de la soberanía radica en que su titular, dentro de las fronteras de su dominio territorial, es el único legitimado para adoptar discrecionalmente la última decisión en todos los asuntos que sólo a él interesan y que no afectan a los demás soberanos. La soberanía, que en estos casos se ejerce como supremacía, da a su titular en esos

---

[17] De las obras citadas en nota 1, véase especialmente: *Estado, soberanía y relaciones internacionales*.

[18] Si se llama *soberanía* a un atributo con otras connotaciones, se estaría haciendo abuso de un término que posee su propia significación técnica e histórica. Esta actitud sólo sembraría confusiones y en este caso lo correcto sería denominar a *eso* con otro término diferente, aunque *eso* desempeñara papeles parecidos a los de la soberanía.

asuntos la potestad de las potestades: adoptar en ellos la última decisión, que no es la última, porque él mismo, y sólo él, podrá posteriormente modificarla.[19]

En consecuencia, no se afecta la soberanía de un Estado que libremente se haya comprometido con otros, en pie de igualdad y temporalmente, es decir, pudiendo revocar tal acuerdo, a que determinadas materias de su competencia habitualmente privativa se administren en común, legislándose, ejecutándose, juzgándose y controlándose éstas por órganos internacionales que todos aceptan y acatan. En cambio, la soberanía desaparecería si uno o más Estados se sometieran para ello a una autoridad ajena renunciando a su potestad soberana de modificar más adelante su decisión y no pudiendo en el futuro decidir retornar al ejercicio privativo de esos poderes o confiarlos a otros seres, entes u organizaciones que respondan a una autoridad común.

Una segunda pista para la solución de la dicotomía planteada debe precisarse aclarando el distinto papel que desempeña la teoría de la soberanía en las construcciones filosóficas, en los sistemas jurídicos internos e internacional y en el derecho político (constitucional) interno. Como dijimos, la idea política de soberanía se relaciona estrechamente con el poder y su ejercicio y, en esta perspectiva, muchas veces se la vinculó más al poder material y grosero sustentado por la astucia, las maquinaciones y la fuerza que dan capacidad para imponerse a otros, que al poder de los imponderables, de la íntima convicción, el respeto y el prestigio que llaman a la adhesión o al poder que proporciona la justificación de las propuestas planteadas. La idea de soberanía puede también ubicarse en un sistema filosófico y, en estos casos, la propuesta de su autor será válida en la medida de la coherencia y racionalidad del sistema producto de la capacidad, inteligencia y profundidad creadora de quien la propone; pero en estos casos el concepto no debe estar necesariamente vinculado a la realidad obrante y mucho menos a las experiencias y necesidades de las colectividades humanas (los pueblos) que se organizan en Estados.

En cambio, la teoría de la soberanía se desarrolla en su dimensión jurídica más tarde y de otra forma.[20] Toda sociedad humana interactuante dentro del marco de una frontera requiere de una autoridad ordenadora suprema y justificada que permita a

---

[19] En cambio, en el marco internacional, en los ámbitos comunes o libres (alta mar, espacio exterior, etc.) y en las materias compartidas sobre las que se hayan comprometido acuerdos por costumbre o tratado, la soberanía no se ejerce (como supremacía), sino que se coordina con la de los demás soberanos. Por lo tanto, después de asumirse esos compromisos, ellos sólo se pueden modificar por acuerdo coordinado de todos los soberanos interesados. Modificarlos unilateralmente no sería ejercer la soberanía, sino atentar contra la de los demás y debilitar el instituto con perjuicio, incluso, del propio atributo de quien así actúa. Ver especialmente en las obras citadas en la nota 1: *El atributo de la soberanía en el ámbito internacional* y también *Estado, soberanía y relaciones internacionales*.

[20] El anclaje jurídico de la teoría de la soberanía es posterior a su origen filosófico y también a su uso político a partir de sus ideas de centralización del poder del Estado. La idea jurídica de soberanía se insinúa con Bodin y las primeras claras manifestaciones de esta concepción recién se ubican a mediados del siglo XVII al darse fundamento jurídico a los sistemas internos de los Estados naciona-

los seres humanos que la integran y quieren vivir en sociedad, concretar esa aspiración sin que sus miembros se destruyan por la exacerbada y agresiva competencia a que tienden estando juntos.[21] Los seres humanos trasmiten a los entes que ellos forman y dirigen, entre los cuales se encuentran los Estados, sus mismas virtudes y defectos; en consecuencia, tanto para que en el ámbito interno se pueda convivir, como para que fuera de las fronteras respectivas, en los ámbitos comunes o respecto a los temas en que se relacionan, los Estados logren una relación coherente y fructífera, se requiere la existencia de una autoridad coordinada ordenadora y legitimada. La teoría de la soberanía, en su matriz jurídica, aporta tales justificaciones por legitimación racional, popular y científicamente comprobable.

Toda autoridad humana ordenadora de la conducta de otros seres humanos siempre requiere, para prolongarse en el tiempo, de una justificación.[22] Esta necesidad se concretó a lo largo de la historia a través de distintas vías. En sociedades primitivas el común de las gentes justificó o aceptó la autoridad del mando por jerarquía familiar, por los poderes mágicos atribuidos a quienes mandaban o por la mejor capacidad y destreza de éstos para organizar al grupo y defenderlo de sus enemigos. En sociedades más avanzadas, ello se justificó o aceptó por la necesidad y las ventajas que acordaba su admisión en comparación con otros males provenientes de otros grupos; o por la pertenencia a una misma convicción ideológica común a gobernantes y gobernados, a partir de una misma fe religiosa o por la coincidencia en una teoría política cuyos augures eran reconocidos como competentes para atribuir el poder, cosa que la gran mayoría del común de las gentes estaba de acuerdo en aceptar por convicción, conveniencia o balance costo-beneficio. En el devenir histórico de este proceso de justificación del ejercicio de un poder de mando ordenador de unos seres humanos sobre otros seres humanos, la teoría de la soberanía, en el marco jurídico, constituye un hito significativo y un paso trascendente. Esta teoría deja de lado las justificaciones religiosas para ubicarse en el marco de la laicidad; dentro de éste, deja de lado la perspectiva ideológica, religiosa o laica, para justificar el ejercicio del poder a través de procedimientos cuya validez no se acepta por intuición o adhesión, sino que son comprobables por medios racionales, objetivos y sometibles a experimentación científica. Por último, especialmente cuando los Estados soberanos se organizaron en

---

les que comenzaban a adquirir protagonismo y, sobre todo, en la concreción del naciente sistema del derecho internacional público clásico. Un antecedente muy remoto y por ello también peculiar podría situarse en Inglaterra, con la teoría de la soberanía de el-Rey-en-el-Parlamento.

[21] Tanto la tendencia a vivir en sociedad y a cooperar, como a competir, agredirse y dispersarse, son propias de la idiosincrasia de los seres humanos. Éstos resultan ser profundamente sociales e ineludiblemente solidarios, tanto como radicalmente individualistas y consecuencialmente dispersantes. Ver especialmente en las obras citadas en la nota 1: *La idea de soberanía en el pensamiento kantiano*.

[22] Que no hay gobierno impuesto por mera fuerza y sin justificación que se mantenga por un lapso importante, es una evidencia que además se comprueba con cualquier análisis histórico que abarque un período considerable.

sistemas políticos democráticos, la teoría de la soberanía introdujo el elemento popular en el procedimiento de justificación.[23] En el ámbito jurídico interno, la teoría de la soberanía justifica el ejercicio de un poder de mando ordenador, supremo, imprescriptible, inalienable e indivisible, pero siempre condicionado, que podrá ser ejercido por un ser humano o por un conjunto de ellos sobre todos los demás que se encuentren sometidos a sus decisiones dentro de unas fronteras determinadas, pero que se desnaturalizará si quienes lo ejercen atentan contra la cohesión de la sociedad u ordenan en sentido diferente a lo que quieren y necesitan los ordenados. Tener en cuenta este condicionamiento al ejercicio de un poder supremo es un elemento imprescindible para entender la teoría jurídica de la soberanía.[24]

Lo que condiciona al gobernante frente a sus gobernados, al común de las gentes, es que aquél debe usar el poder que se le otorga para preservar el Estado y ordenar a los gobernados tal y como ellos como colectividad (común de las gentes) desean ser ordenados con el fin de alcanzar la mayor felicidad posible individualmente y, como grupo, colectivamente. Si el gobernante usa mal ese poder y en lugar de ordenar es arbitrario y propicia el caos o no propende a la mayor felicidad del común de las gentes, sino a sus caprichos o intereses, quiebra el pacto social, su poder deja

---

[23] Decimos *especialmente* porque el vínculo con lo popular tampoco estaba ausente en los otros dos prototipos clásicos de organizaciones políticas, aunque se encontraba disimulado y resultaba en general inoperante por tratarse de una idea más filosófico-sistemática que jurídica o política práctica. El monarca absoluto en el que durante mucho tiempo se reconocieran las calidades de radicante de la soberanía y a la vez ejecutor de todos sus poderes, al abandonar la justificación ideológico teocrática pura de la explicación del ejercicio de su poder, comenzó a fundarlo en la teoría de la soberanía; para ello se recurrió a la idea de que la potestad de decidir quién mandaba provenía de Dios, y que el monarca la recibía de Él a través del pueblo —*vox populi, vox Dei*— concebido éste como una categoría filosófica ya que por entonces los seres humanos no disponían de organizaciones políticas que les permitieran instrumentar efectivamente tal otorgamiento y, mucho menos, hacer valer sus consecuencias, salvo en el caso de ser reconocido el *derecho de resistencia a la opresión*. Los grupos (asambleas políticas, comandantes de fuerzas armadas), en los que a veces, en pocas pero señaladas oportunidades, se radicó el atributo de la soberanía y en ocasiones el ejercicio del poder de ordenar o el de todos los poderes, de alguna manera también vincularon la justificación de su poder con la idea de pueblo como categoría filosófica o sociológica, pero no políticamente operante: las asambleas se consideraron representantes de ese "pueblo", aunque más que sus representantes terminaran actuando como sus adoctrinadores y conductores; y los grupos militares, siguiendo las tradiciones bárbaro-germánicas, se identificaron con "el pueblo en armas", al buscar la justificación del ejercicio de su poder en el hecho de que lo recibían de la aclamación de sus comandantes, quienes a su vez lo fundaban en la adhesión de sus tropas. En todos estos procesos siempre existieron mezclas y confusiones conceptuales.

[24] Pese a lo lógico del razonamiento y a lo importante que resulta tenerlo en cuenta, pocos autores se han ocupado correctamente de este asunto. Primero dificultades de hecho y después confusos planteos teóricos han contribuido para que sólo excepcionalmente se haya abordado el tema, lo que ha ocurrido con algunos adelantos de Kant y las intuiciones de algunos autores anteriores, pero en general, todos los demás pensadores no se han planteado la existencia de este condicionamiento ni, en consecuencia, tampoco se ocuparon del importante papel que el juega en la teoría de la soberanía. En este otorgamiento se ubican las teorías del pacto o contrato social.

de estar justificado porque pierde legitimación y su ejercicio es un grosero y arbitrario despliegue de fuerzas.

De todo esto resulta la importancia que tiene lograr que el ejercicio de la soberanía se concrete en el despliegue de un poder ordenador supremo pero condicionado. Esto le da una clara dimensión jurídica. No puede confundirse ese poder con una potestad discrecional del gobernante. El gobernante extrae sus facultades para ejercer el poder y establecer un orden, de la obligación que asume frente al pueblo que será ordenado y que consiste en comprometerse a mandar de determinada manera y no de otra.[25] Esto explica muchas cosas, sobre las cuales, al menos anteriormente, no se insistió lo suficiente. Este condicionamiento funda y justifica el antiguo derecho de resistencia a la opresión (del gobernante) y actualmente, en los casos extremos en que el gobernante usurpa el poder concedido y lo orienta en usos contrarios a su finalidad, es la base legitimante del uso de la fuerza por los pueblos (común de las gentes) sometidos al arbitrio de un gobernante que desconoce los derechos fundamentales de sus gobernados. Este condicionamiento también justifica y explica el juzgamiento a que los gobernados someten a sus gobernantes en los sistemas democráticos mediante las elecciones periódicas, en los plebiscitos, con el instituto del protector del pueblo o el sometimiento a juicio por responsabilidad del gobernante.

Esto último marca una diferencia sustancial de la teoría de la soberanía, tal como funciona en la realidad del acontecer político, aunque a veces no a la perfección, en relación con la teoría tradicional de la soberanía, originada en Bodin[26] y que se ubica más en las concepciones filosófico-políticas que en las estructuras jurídicas a las que se incorporará posteriormente. La referida concepción tradicional suponía un pacto social por el cual los gobernados, el común de las gentes, aceptaban ceder irrevocable e incondicionalmente a los gobernantes, la autoridad, todo el poder, admitiendo y soportando cualquier acción de estos sobre aquéllos y sometiendo al gobernante sólo a un juicio diferido al más allá o al juicio de la historia. En este marco, básicamente político, resultaba esencial al concepto de soberanía el ejercicio del poder por el gobernante (monarca absoluto, o el pueblo en la concepción de Rousseau). Pero esta posición teórica cae y se desvirtúa por sí misma si consideramos la necesidad de justificar el poder a que hacíamos referencia anteriormente y si consideramos el anclaje jurídico que posteriormente y en forma definitiva adquiere la teoría de la soberanía, ya que, con este enfoque, es difícil justificar un pacto (aunque sea social y obre como categoría conceptual) donde se cede todo por nada, sin condiciones ni resguardos; y, aun superando tal objeción, si tal hipótesis fuera posible, la teoría del

---

[25] Esta conclusión es una consecuencia lógica de nuestra posición en el sentido de que primero deben asumirse las obligaciones, para que de ellas resulten los derechos.

[26] Jean Bodin (1576): *Le six livris de la Republique*. Una buena traducción española puede verse en: Jean Bodin: *Los seis libros de la República*, selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala, Tecnos, colección Clásicos del Pensamiento, Madrid, 1985 y 1992.

cambio de las condiciones y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* permitiría que si, con posterioridad al pacto, el gobernante no actúa de acuerdo con las necesidades de sus gobernados, éstos puedan desconocerlo porque quien ya rompió el compromiso es el gobernante. Por esto nosotros afirmamos claramente que la teoría de la soberanía justifica por legitimación el ejercicio de un poder absoluto y supremo, pero condicionado.

La idea expuesta puede resultar novedosa en cuanto a su presentación, pero no lo es en cuanto a su contenido. Desde que se consideró a la teoría de la soberanía desde un punto de vista jurídico, ella estuvo presente.[27] Este condicionamiento que poco se expone explícitamente, pero que es lo único que permite fundar la diferencia entre radicante de la soberanía y ejecutor de los poderes de ésta, y que racionaliza instituciones tales como el antiguo derecho de resistencia a la opresión o las modernas posibilidades de enjuiciar y castigar a los gobernantes por la forma de ejercer el poder durante su mandato, nos permite afirmar que la esencia de la soberanía no está en el ejercicio de los poderes, sino en la justificación de la legitimidad de ese ejercicio en ciertas condiciones sin las cuales se transforma en grosero arbitrio.

Aunque esta concepción está presente desde la obra de Vattel,[28] ella pasó casi desapercibida y los intereses políticos, junto con algunas concepciones filosóficas que dejaron de lado la hermenéutica jurídica y otras transpersonalistas, se encargaron de sepultarla potenciando el poder del gobernante y contribuyeron a posponer las clarificaciones. Recién a partir de mediados del siglo XX la fuerte defensa del respeto de los derechos del ser humano individual y de la autodeterminación de todos los pueblos permitirá a quienes nos ocupamos de estos temas comprender mejor las esencias jurídicas de la soberanía.

Por las mismas razones, en el ámbito internacional, fuera del alcance de las fronteras de los distintos Estados, la soberanía es un atributo jurídico que justifica por legitimación el relacionamiento de las soberanías de los Estados, interactuando entre sí sobre la base del respeto de la buena fe y el sometimiento a un sistema jurídico de coordinación que, al ser hecho entre todos, les es común y no supone una imposición ajena.

Esta última afirmación nos conduce como de la mano a *la tercera clave* para intentar superar la dicotomía entre normalidad y normatividad planteada por las integraciones profundas: el significado de la llamada *supranacionalidad* como atributo perteneciente a la unidad integradora en la relación comunitaria. La palabra *supranacionalidad* resulta etimológicamente inadecuada si se la quiere aplicar en estos casos. Tampoco se superan las objeciones si se recurre a la voz *supraestatalidad*. Estas expresiones sugieren la existencia de un poder material organizado, situado por fuera

---

[27] Véanse especialmente en las obras citadas en la nota 1: *El atributo de la soberanía en Emeric de Vattel* y *El atributo de la soberanía en el pensamiento kantiano*.

[28] Emeric de Vattel (1658): *Derecho de gentes*, Neufchatel, 1758.

y por encima de los Estados partes, del cual dispondría la organización internacional que los congrega. Si realmente esto fuera así, la organización podría ejercer una autoridad superior, dispondría de las claves para resolver el problema de la competencia de las competencias y estaría legitimada para adoptar la última decisión imponiéndola a los Estados. En este supuesto habría desaparecido la soberanía de los Estados partes y habría aparecido un nuevo Estado federal u otro tipo de ordenamiento jurídico y político similar. Pero esto no es así.

Desde un punto de vista legal y político, en todo el sistema actual no hay ningún poder jurídico que supere al del Estado.[29] Los Estados en su clásica definición como una nación, un pueblo con identidades que lo caracterizan y que lo diferencian de otros pueblos, que se ubica en un territorio separado por fronteras que lo distinguen[30] de otros pueblos, ubicados en otros territorios enmarcados en otras fronteras y que se determina libremente, tanto en lo referente a su organización interna como a las relaciones que entable con los demás en condiciones de igualdad, constituyen en la actualidad el ente superior en que se legitima el ejercicio del poder. Por lo tanto, la expresión *supranacionalidad* es inadecuada[31] porque suscita la idea de la existencia de un poder supremo que pudiera hacer desaparecer la soberanía de los Estados partes, cosa que no ocurre. Creemos que esta inadecuación terminológica que tanto ha confundido conceptualmente es el resultado del enfoque equivocado que se realiza acerca de que la esencia de la soberanía se encuentra en el ejercicio de los poderes de gobierno y no en la justificación por legitimación del ejercicio de un poder ordenador supremo y condicionado que permite a su titular adoptar la última decisión y reverla cuando así lo estime, en cuanto a todos los asuntos que son de su exclusiva incumbencia.

Si la esencia de la soberanía constituyera el ejercicio de los poderes de gobierno, en una integración profunda, comunitaria, donde esos poderes, en ciertos casos, se ejercen fuera de los Estados y por una organización que los nuclea, podría pensarse en afectaciones a la soberanía de aquéllos. Pero la potestad que otorga la soberanía consiste en algo más simple e importante: legitimidad para adoptar la última decisión y poder cambiarla. Determinar cuantas veces se quiera y con los cambios que se estime oportuno, entre otras cosas, quiénes y cómo se ejercerán los poderes de gobierno. Respecto a este asunto no hay en los sistemas comunitarios un poder por

---

[29] En cambio, en los hechos, no sólo puede haber sino que se evidencia con claridad la existencia de poderes que han escapado al control de los Estados, que compiten con ellos y a veces los superan. Los nucleamientos terroristas, las organizaciones de narcotraficantes, las mafias internacionales, las organizaciones económicas transnacionales, las organizaciones no gubernamentales con propósitos políticos son claros ejemplos, entre otros, de esa dispersión del poder material.

[30] A propósito se usa el verbo *distinguen* y no, por ejemplo, *separan* u otro similar.

[31] No obstante la seguimos empleando por ser de uso corriente. Véanse las reflexiones sobre cuestiones nominativas importantes hechas por Carlos Vaz Ferreira (1962): *Lógica viva*, Labor, Buenos Aires, 1962.

encima del de los respectivos Estados y por tanto la llamada supranacionalidad no afecta la soberanía.

Esto que decimos resulta congruente si se piensa que la esencia de la soberanía no radica en la disponibilidad discrecional del ejercicio de poderes ordenadores dentro de las fronteras de un Estado, ni de poderes discrecionales fuera de ellas, sino que la teoría de la soberanía estructura la justificación por legitimación, popular, racional y científicamente comprobable, de poderes de gobierno ordenadores, supremos y condicionados en el ámbito interior y ensamblados y condicionados a su ajuste a las reglas de un sistema jurídico de coordinación, en el ámbito exterior. Congruente con esta perspectiva el atributo de la supranacionalidad, cuyos titulares son unas organizaciones internacionales con especiales características que denominamos no intergubernamentales, sino supranacionales,[32] es también un atributo jurídico de tales organizaciones que legitima su potestad de ejercer en el territorio de sus Estados miembros, poderes de gobierno (administrativo, legislativo, jurisdiccional, de contralor), en un ámbito de competencias previamente pactado o en sectores de ella, temporalmente, y que les permite adoptar decisiones que subordinan la voluntad de los Estados miembros, los cuales, no obstante, mantienen el ejercicio directo de sus poderes de gobierno en los demás ámbitos de competencia o sectores de ella no comprendidos en el pacto. Es decir, que se trata de Estados que mantienen la plenitud de su soberanía, tanto respecto a las materias no comprometidas en las cuales continúan ejerciendo directamente sus poderes de gobierno, como en los ámbitos de las materias comprometidas, en la medida en que a su respecto retienen el derecho de renuncia (o secesión) que les permite regresar al ejercicio directo de tales poderes de gobierno o administrarlos de otra forma, por su sola voluntad y legitimados por el mismo sistema jurídico dentro del cual se adquirió el compromiso.[33]

Una cuarta clave para los propósitos que venimos desarrollando puede encontrarse si se realiza una distinción necesaria, pero que no suele hacerse con claridad, entre el poder de que dota la soberanía y el ejercicio de los poderes de gobierno que se usan para concretar los fines que el soberano se propone. El poder de que dota la soberanía a su titular es supremo e incondicionado: adoptar la última decisión y modificarla cuando lo desee en todos los asuntos que le son propio y exclusivos. Este poder es un poder jurídico, filosófico o político o, si se quiere, jurídico, filosófico y político, pero no material. Es un poder justificante, legitimante y/u operativo, pero no una capacidad material de actuar. Por lo tanto, el soberano no podrá hacer aquello que no tiene capacidad material de concretar (Uruguay no podrá ser vecino geográfico de Alemania y Francia) o aquello que otros seres o entes, más poderosos material-

---

[32] Véase al respecto Heber Arbuet-Vignali (2001): *Las claves jurídicas de la integración*, cap. IV, sección IV, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, en prensa.

[33] Al estar legitimado el cambio por el sistema jurídico anterior, la base de legitimación constitucional no se funda en el *facto* revolucionario sino en el *jure* previsto.

mente que él, le impiden, exigen o condicionan realizar si es que se desea obtener su cooperación (la organización internacional que exige ciertas conductas si se quiere pertenecer a ella y aprovechar de sus beneficios). No obstante estas limitaciones de hecho, el Estado seguirá siendo soberano en la medida en que se admita su legitimidad para actuar y no esté impedido materialmente por una fuerza política ajena de hacer las opciones que decida, cumpliendo su destino y asumiendo las consecuencias de sus decisiones. Por supuesto, es muy probable que, en algunos casos, tales consecuencias no sean muy satisfactorias,[34] pero podrá siempre adoptar una decisión soberana. En cambio, el ejercicio por parte de las autoridades, de los poderes de gobierno de que se dispone (constituyente, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, de contralor) para concretar los fines que el soberano se ha propuesto, están naturalmente condicionados a su adecuación a tales fines y a la realidad. Por eso la autoridad del gobernante se desnaturaliza, pierde legitimidad y puede ser desconocida, si se ejercen los poderes para concretar acciones contra lo que el común de las gentes, el pueblo, la nación, quería y quiere, o si lo usan para quebrar el compromiso asumido libre, soberanamente y de buena fe por todos en las relaciones entre Estados. En estos casos el desconocimiento y castigo a la autoridad no afecta a la soberanía, sino que respalda y reafirma la soberanía única en el primer caso y las soberanías de todos los involucrados en el segundo.[35]

Quizá una quinta y definitiva clave habría que procurarla considerando la existencia de un conjunto humano radicante de la potestad de manifestar legítimamente la voluntad suprema del soberano, de un conjunto humano cuya voluntad expresada en determinada forma se atribuye al titular de la soberanía, al Estado. Las identidades

---

[34] Si un Estado soberano que necesita desarrollarse solicita a un banco internacional créditos o inversiones y éste para acceder le impone condiciones, el Estado actuará como soberano tanto si se niega a aceptarlas y opta por sacrificar su desarrollo, como si las asume apostando a que eso es lo mejor para su futuro. En estos casos, determinar cuál resulta la opción correcta es una cuestión política y opinable; afirmar que ninguna de las dos posibilidades afecta el atributo de la soberanía es una cuestión de técnica jurídica que no admite discusión científica; al menos si se entiende que la soberanía es aquello que histórica, filosófica y jurídicamente se ha considerado tal. En estos casos debe separarse lo que son cuestiones de hecho, del derecho y la posibilidad de adoptar por sí mismo una decisión y modificarla asumiendo los costos.

[35] Debe tenerse en cuenta en este caso que conceptualmente todo Estado tiene la opción; que nada le impide, sino las circunstancias materiales y la conveniencia, adoptar libre y soberanamente, elegir entre aislarse, no asumir compromisos con los demás Estados, perder los beneficios del comercio y las relaciones internacionales, pero conservar la posibilidad de ser el único que decide en todos sus asuntos por no tener que cumplir reglas que sólo son necesarias si hay relaciones que reglar con los demás Estados; o de relacionarse con éstos, coordinar sus soberanías a través de compromisos tan soberanos como el conjunto de las decisiones estatales que concurren para establecerlos y en este caso, ya no poder decidir ninguno de ellos aisladamente por sí, porque se comprometieron libremente a ejercer en conjunto sus soberanías. Una decisión unilateral desnaturalizaría el ejercicio de los poderes de soberanía y sería una agresión a la soberanía de los demás y un menoscabo a la propia por desnaturalizar el atributo conceptual.

que deben existir entre esas personas para que el conjunto funcione adecuadamente sólo se dan actualmente dentro del marco de los Estados: hay nacionales de cada uno de ellos. No se dan, en cambio, en el conjunto de la organización, y mientras sólo haya ciudadanos de la comunidad, pero no un pueblo nacional propio de ella, las diferencias existirán y no se darán las condiciones para que la última decisión y la determinación de la competencia de las competencias jurídicamente pueda salir del ámbito de los Estados, ya que seguirá perteneciendo política, jurídica y sociológicamente a cada uno de sus pueblos.

Kai Ambos (Alemania) *

Inmunidades en derecho (penal) nacional e internacional

1. Introducción: fundamentos

Inmunidad o *exención* de jurisdicción se refiere a un relevante estatus de las personas que, como representantes de su Estado, ejercen tareas oficiales. Estas personas deben ser excepcionadas de la jurisdicción nacional, por cuanto de alguna manera —así la más temprana *teoría de la extraterritorialidad*— son consideradas[1] como *extraterritoriales* para que puedan ejercer sin interferencias las tareas que les corresponden como representantes del Estado de envío en el territorio del Estado extranjero.[2]

Según el derecho internacional, bajo el principio de igualdad entre Estados, como sujetos clásicos del *derecho internacional*, ningún Estado puede arrogarse la soberanía para juzgar a otro Estado (*par in parem non habet imperium*).[3] De esto se infiere el principio básico de la *inmunidad estatal* (*state immunity*) según el cual un

---

* Catedrático de Derecho penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional, Georg-August Göttingen, Alemania. El autor agradece al doctorando D. Virgilio Rodríguez Vázquez, investigador del área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo, la traducción realizada. La traducción ha sido revisada y actualizada por el autor. ‹kambos@gwdg.de›

[1] Cf. Schönke: *Festschrift* (en adelante *FS*) *Metzger*, 1954, pp. 108 y s.; RÜPING: *FS Kleinknecht*, 1985, p. 401; Fischer, en Ipsen: *Völkerrecht*, 2004, § 35, nota marginal (nm) 34; Doehring: *Völkerrecht*, 2004, nm 676; Brownlie: *Principles of Public International Law*, 2003, p. 343; recurren al derecho Oehler: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (en adelante *ZStW*) 91 (1979), pp. 395, 413 y ss., y Vogler: *ZStW* 92 (1980), pp. 1021,1027, 1040 y ss, para un concepto contrario a la localización.

[2] Así la dominante *teoría de la representación y necesidad funcional*; cf. Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 34; Brownlie (*supra* nota 1), p. 343.

[3] La máxima procede de Batolus (*Tractus represaliarum*, 1354), cf. Verdross & Simma: *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed., 1984, § 1168.

Estado extranjero está exento de la jurisdicción del Estado territorial.[4] Pero no solamente el Estado mismo sino también sus órganos (por ejemplo, el funcionario correspondiente) gozan de inmunidad *ratione materiae* para actos oficiales de servicio (*acta iure imperii*), porque son imputables al Estado mismo;[5] de ésta hay que diferenciar la inmunidad, en principio absoluta, *ratione personae*, que se extiende también a los actos no oficiales de servicio (*acta iure gestionis*) y así mismo a los actos puramente *privados*, pero de determinadas personas. Por lo tanto, se limita en concreto a los actos del presidente del Gobierno, del jefe del Estado (antiguo), de los ministros de Asuntos Exteriores[6] y de los diplomáticos (sobre ello, *infra*).[7] Para determinar el radio de alcance de la inmunidad estatal se debe distinguir, por un lado, la posición del órgano y, por otro, la delimitación de significados entre actos oficiales de servicio, actos no oficiales de servicio y actos privados (sobre ello, *infra*). Una consecuencia de la inmunidad estatal es también la inmunidad de guerra y la inmunidad de los buques de guerra y otros, pues son entendidos como órganos del Estado (artículos 32, 95, 96 de la Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).[8] No obstante, hay que tener en cuenta que la inmunidad de los órganos estatales —como inmunidad derivada originariamente de la inmunidad estatal— corresponde sólo al Estado. De esto se deduce que solamente el Estado puede y debe renunciar a ella y que ella no puede sobrevivir sin la existencia misma del Estado.[9]

---

[4] Cf. Bothe, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (en adelante *ZaöRV*) 31 (1971), pp. 247 y ss.; Bröhmer: *State Immunity and the Violations of Human Rights*, 1997, pp. 9 y ss.; Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1168 y ss.; Jennings & Watts: *Oppenheim's International Law*, 1992, p. 460 y s.; Herdegen: *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221, 223 y ss. Cf. también artículo 6 del proyecto de la CDI (ILM 30 [1991] p. 1554), así como el artículo 3 del proyecto de la OEA (ILM 22 [1983], p. 292); sobre esto también Bröhmer, en otra parte, pp. 125 y ss., 136 y ss.

[5] Bundesgerichtshof (en adelante BGH) *Neue Juristische Schulung* (en adelante *NJW*) 1979, p. 1101; Bundesverwaltungsgericht (en adelante BverwG) *NJW* 1989, p. 678; Folz & Soppe: *NStZ* 1996, pp. 576, 578 m.N.

[6] Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ): "Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)", Judgement, 14.2.2002, pp. 51 y ss.; conforme a este criterio así mismo, Higgins, Kooijmans & Buergenthal: "Joint Separate Opinion", pp. 81 y ss.

[7] Sobre esto Dahm: *FS Nikisch*, 1958, pp. 167 y ss.; Lüke: *Immunität staatlicher Funktionsträger*, 2000, pp. 91 y ss.; Dahm, Delbrück & Wolfrum: *Völkerrecht*, nm I, 1, 2ª ed., 1989, pp. 252 y ss. (para el jefe de Estado), 277 y ss. (para diplomáticos); Doehring (*supra* nota 1), nm 670 y ss.; Folz & Soppe *NStZ* 1996, pp. 576, 577; Herdegen: *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221 y ss.; Zappalà: *European Journal of International Law* (en adelante, *EJIL*) 12 (2001), pp. 595 y ss. Sobre la inmunidad de los miembros del gobierno, Bothe: *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246 y ss.

[8] Cf. Gribbohm, en Jähnke, Laufhütte & Odersky (dir.):, *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar),* 11ª ed., 1992-2002, antes § 3, nm 258 y ss; Verdross & Simma (*supra* nota 3), § 1129. Diferentes de ellos son los buques privados, incluyendo los buques mercantes del Estado, que exclusivamente o en su mayoría realizan una actividad lucrativa. Para un caso especial de ilegalidad en aguas jurisdiccionales extranjeras se citan los buques de guerra, cf. Mössner: *NJW* 1982, pp. 1196, 1197.

[9] Bundesverfassungsgericht (en adelante BVerfG): *Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift* (en adelante *DtZ*)1992, p. 216; *Entscheidungen des BVefG* (en adelante *BverfGE*), pp. 95, 96, 129 y ss.

La inmunidad estatal es diferente de la *inmunidad diplomática*[10] porque ésta depende de la aceptación del Estado de recepción en forma del plácet (artículo 4 Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18.4.1961, en adelante CVDI[11]) y no solamente de un acta de creación por parte del Estado de envío, como en la inmunidad estatal,[12] y se les concede únicamente en principio a los diplomáticos acreditados en el Estado de recepción *ad personam* (artículos 29, 31, entre otros, del CVDI). Se refiere por tanto al estatus del diplomático y a su función representativa (*ne impediatur legatiao*), de lo cual se infiere que esta inmunidad abarca también los actos privados,[13] por lo que la diferencia entre actos de servicio y privados no desempeña ningún papel; por otra parte, esta inmunidad depende de una relación de derecho internacional entre el Estado de envío y el Estado de recepción y esta relación *inter partes* excluye un efecto *erga omnes* de la inmunidad diplomática, incluso frente a terceros Estados.[14] Por tanto, un diplomático acreditado en un determinado Estado está expuesto a persecución[15] penal en cualquier otro Estado, aunque para las acciones oficiales de servicio pueda alegar la inmunidad estatal. Finalmente, el régimen diplomático despliega así mismo un tercer efecto, en cuanto un Estado de tránsito debe reconocer inmunidad a un diplomático (artículo 40 CVDI).[16]

También la continuidad de la inmunidad funcional para actos cometidos bajo el estatus de diplomático, una vez finalizada esta condición, la así llamada *inmunidad continuada* (artículo 39, apartado 2, p. 2 CVDI), sólo es aplicable frente al Estado de recepción, pues se vincula al anterior estatus a través del plácet de este Estado;[17] la inmunidad continuada también es aplicable a quienes gozan de *inmunidad estatal*.[18]

---

[10] Para una estricta diferenciación, *BVerfGE* 96, 68 (*NJW* 1998, 51), pp. 85 y ss.; crít. Faßbender: *NStZ* 1998, pp. 144 y ss.; cf. también Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 910 nm 68: "Dos círculos… que se intersectan".

[11] *UN Treaty Series* (en adelante *UNTS*) 500, p. 95.

[12] Dinstein: *The International and Comparative Law Quarterly* (en adelante *ICLQ*), 15 (1966), pp. 76 y 88.

[13] Cf. Rüping, *supra* nota 1, p. 401 y s.; Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp.595 y 599; Doehring (*supra* nota 1), nm 679; Brownlie (*supra* nota 1), pp. 352 y ss.

[14] Así *BVerfGE* 96, pp. 68, 87 y ss., con referencias posteriores en el mismo sentido Doehring (*supra* nota 1), nm 680; Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 34.

[15] Crítico en este punto Faßbender: *NStZ* 1998, pp.144 y 145.

[16] De donde se infiere la concreta inmunidad respecto a la jurisdicción penal (Fischer [*supra* nota 1], § 35 nm 79).

[17] *BVerfGE* 96, pp. 68, 86, 89 y s.). A este respecto antes República Democrática Alemana. Los diplomáticos no hacían caso omiso de dicha continuidad de la inmunidad en la República Federal en el proceso de la sucesión estatal (*BVerfGE* 96, pp. 68, 91 y ss.); crít. Faßbender: *NStZ* 1998, pp.144 y 146).

[18] Bothe: *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246, 263 y s.; Doehring (*supra* nota 1), nm 672; Gloria, en Ipsen: *Völkerrecht*, 1999, § 26 nm 29; también Ambos: *Juristenzeitung* (en adelante *JZ*), 1999, pp.16, 19 y s. con referencia al derecho británico.

En cuanto a la relación entre inmunidad estatal y diplomática, ésta —llamada *self contained regime*[19] para las relaciones diplomáticas— goza de prioridad en el sentido de una *lex specialis*.[20] No debe pasarse por alto, sin embargo, que ambos regímenes de inmunidad se refieren a actos oficiales estatales realizados con medios diplomáticos;[21] un diplomático, por tanto, también —como órgano del Estado— puede disfrutar de inmunidad estatal *ratione materiae*.[22]

De lo explicado anteriormente es necesario distinguir el concepto de inmunidad desarrollado por la jurisprudencia anglosajona a través de la *Act-of-state-Doktrin*. En este caso la inmunidad se refiere al acto oficial como tal, pues con esta doctrina se prohíbe de manera general para un determinado órgano el examen de sus actos por tribunales extranjeros (*acts of state*).[23] En este sentido se trata de una expresión de la inmunidad estatal, porque supone la no revisión judicial de los actos oficiales en el sentido de una *judicial restraint*.[24] Así también puede sostenerse una inmunidad (jurisdiccional) en un caso determinado con la *Act-of-state Doktrin*; ésta puede servir de base *material* para construir la inmunidad *procesal*. Sin embargo, esta doctrina no es reconocida en el ámbito del derecho europeo continental.[25]

2. Efectos o consecuencias jurídicas de la inmunidad

En la discusión (jurídico-penal) alemana se debate si la inmunidad despliega un efecto *jurídico-material* o sólo *procesal*. Mientras que la opinión dominante, incluyendo la jurisprudencia, sostiene el último punto de vista considerando a la inmunidad como un *obstáculo procesal*,[26] una considerable minoría quiere aceptar en todos

[19] Informes del CIJ, 1980, 1 (Departamento Diplomático y Consular), 40; cf. también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 39; Doehring (*supra* nota 1), nm 675.

[20] *BVerfGE* 96, pp. 68 y 91. Crít. Faßbender: *NStZ* 1998, pp. 144 y 146.

[21] Correctamente Brownlie (*supra* nota 1), p. 343: "double aspect of diplomatic representation".

[22] En este sentido Faßbender: *NStZ* 1998, pp. 144 y 145 en contra de *BVerfGE* 96, 68 (91).

[23] Cf. Dahm: *Zur Problematik des Völkerstrafrechts*, 1956, pp. 39 y ss.; Bröhmer (*supra* nota 4), pp. 41 y ss.; Scheffler: *Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte*, 1997, pp. 254 y ss.; Lüke (*supra* nota 7), pp. 64 y ss.; Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1178 y ss.; Doehring (*supra* nota 1), nm 658.

[24] Correctamente Bröhmer (*supra* nota 1), p. 45: "same basic considerations"; de opinión semejante Scheffler (*supra* nota 23), p. 255; Wirth: *Jura* 2000, pp. 70, 72 y ss, que diferencia de la doctrina las expresiones *derecho internacional* y *derecho nacional*.

[25] *BVerfGE* 92, pp. 277, 321 y s.; *BVerfGE* 96, pp. 68, 90; aprob. Gribbohm (*supra* nota 8), § 5 nm 23.

[26] *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* (en adelante RGSt) 52, 167 y s.; *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen* (en adelante *BGHSt*) 14, pp.137 y139; 21, 29 y 32; *BGHSt* 32, pp. 275 y 276; *Oberlandgericht* (en adelante *OLG*): *NJW* 1974, 431; OLG: *NJW* 1992, 641; OLG Düsseldorf: *NStZ* 1987, pp. 87 y s.; OLG Köln: *NStZ* 2000, 667; Rüping (*supra* nota 1), p. 406; Jakobs: *NStZ* 1987, p. 88; Folz & Soppe: *NStZ* 1996, pp. 576 y 577; Gribbohm (*supra* nota 8), nm 337 y s.; Hoyer, en: Rudolphi & Horn y otros (dir.): *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., 2001, observaciones preliminares a § 3 ss., nm 7; Fischer, en: Tröndle & Fischer: *Strafgesetzbuch*

los casos llamados de "auténtica" extraterritorialidad —lo que significa todos los casos excepto los regulados por el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (en adelante, CEF) de 19 de junio de 1951—[27] un *principio material de exención penal*.[28]

Sin embargo, la distinción entre extraterritorialidad "auténtica" y otra (¿"no auténtica?") no es convincente porque toda forma de inmunidad prevista en los § 18-20 de la Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial; en adelante, GVG) depende del derecho internacional y justamente la inmunidad de las tropas aliadas extranjeras es expresión de la inmunidad estatal para actos oficiales que, nuevamente, como regla general del derecho internacional son parte del derecho del Estado alemán (artículo 20 II GVG en relación con artículo 25 Grundgesetz [Constitución Alemana; en adelante, GG]). En verdad, el concepto material de inmunidad alcanza su límite a la vista de los dos escalones del *régimen jurisdiccional* del CEF, y debe por lo tanto establecerse una diferencia entre "auténtica" y "no auténtica" extraterritorialidad, para poder sostener la tesis del efecto material de la inmunidad para aquellos casos que no caben dentro del CEF.

La verdadera *naturaleza jurídica* de la inmunidad y de su efecto respecto a la jurisdicción interna sobre un extranjero realmente "inmune" sólo se puede deducir si procede de la *base del derecho internacional*. El artículo 31 CVDI habla al respecto de "inmunidad de la *jurisdicción penal*" ("*criminal jurisdiction*"); el artículo 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24.4.1963 (en adelante, CVRC)[29] aplica la inmunidad igualmente a la "jurisdicción". Sería, sin embargo, prematuro deducir de esto el carácter procesal de la inmunidad, ya que el concepto de *jurisdiction* es *ambiguo*.[30] Siguiendo la perspectiva fundamentadora de la US-Restatement,[31]

---

und Nebengesetze, 52ª ed. 2004, observaciones preliminares a § 3 y ss., nm 21; Lackner en Lackner & Kühl: *Strafgesetzbuch*, 24ª ed., 2001, observaciones preliminares a § 3 y ss., nm 10; Pfeiffer, en Pfeiffer (dir.): *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetzen*, 5ª ed., 2003, § 18; Gerichtsverfassungsgesetz (en adelante GVG) nm 7; ídem: *Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 4ª ed., 2002, § 18 GVG nm 2; Kleinknecht & Meyer-Goßner: *Strafprozessordnung*, 47ª ed. 2004, § 18 GVG nm 4; Jescheck & Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed. 1996, § 19 III. 2.; Roxin: *Strafverfahrensrecht*, 1998, p. 162; crít. Volk: *Prozeßvoraussetzungen*, 1978, pp. 221 y 232. Cf. también la más reciente jurisprudencia del CIJ (*supra* nota 6).

[27] Bundesgesetzblatt (en adelante BGBl) 1961 II p. 1190.

[28] Schönke (*supra* nota 1), p. 109; Eser, en Schönke & Schröder: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26ª ed., 2001, observaciones preliminares a § 3 y ss., nm 44 y s.; Lemke, en Neumann, Puppe & Schild (obra colectiva): *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand 2002*, observaciones preliminares a § 3 y ss., nm 56 y ss. Para una "doble función", Oehler: *Internationales Strafrecht*, 1983, nm 528.

[29] Obtenido de ‹www.univie.ac.at/RI/KONTERM/intlaw/konterm/vrkonen/html/doku/consul.htm#1.0›.

[30] Fundamental, Mann: "The doctrine of jurisdiction in International Law", *RdC* 111 (1964 i), 1 y ss.

[31] Cf. Ambos, en *Münchener Kommentar*, t. 1, 2003, § 3-7, nm 6.

se la puede entender —*materialmente*— como *jurisdiction to prescribe*, en el sentido de una competencia oficial de regulación, o —*procesalmente*— como *jurisdiction to adjudicate/enforce*, en el sentido de ejercicio y ejecución de la *competencia jurisdiccional*. En este doble sentido se usa también la jurisdicción en la base jurídica de los tribunales penales internacionales. Ya en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (en adelante, TMI)[32] se estableció en relación con la *jurisdiction and general principles*, transcribiendo la parte II, no sólo la competencia jurisdiccional sobre la persona natural, es decir, la competencia formal del TMI, sino también la competencia *jurídico-material* (*subject matter jurisdiction*) en la forma de los concretos tipos penales. En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI)[33] se encuentran normas relacionadas con la *jurisdiction*, etc., en la parte II, titulada "Jurisdiction", tanto para la *subject matter jurisdiction* como para la competencia formal del Tribunal (artículo 11s.). En consecuencia, según la comprensión general del concepto de *jurisdicción*, éste puede ser entendido desde un punto de vista[34] más estricto (procesal)[35] y desde un punto de vista más extenso (material).[36]

El concepto de *jurisdicción* en sí mismo no proporciona por tanto ninguna aclaración, por lo que se debe preguntar al derecho internacional por *el sentido y el objetivo* de las normas de inmunidad (artículo 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23.5.1969, en adelante CVDT).[37] Éste se sintetiza en que —prescindiendo de la amplia inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado y de los diplomáticos— los portadores de la soberanía de los Estados extranjeros deben poder dedicarse tranquilamente a sus tareas oficiales y deben poder representar al Estado de envío en todas aquellas materias que supongan el ejercicio soberano de actos oficiales.[38] Estrictamente entendida, la inmunidad se introduce en el derecho penal como un cuerpo extraño procedente del derecho internacional, como ya una vez explicó Jakobs, "un obstáculo al derecho penal impuesto por necesidades diplomáticas".[39]

Así pues, la inmunidad representa un obstáculo al *proceso judicial* o sea *un obstáculo procesal*. Salvaguarda a los *diplomáticos* de acciones de investigación *pro-*

---

[32] *Statut des Internationalen Militärgerichtshofe* (en adelante *IMG Statut*) de 8.8.1945, en *UNTS 82* (1951), 280 = *AJIL* 1945, p. 258; Deutsch y otros, en *IMG Prozess* (1947), t. I, p. 10; Heinze & Schilling: *Rechtsprechung*, 1952, p. 317.

[33] Cf. Ambos (*supra* nota 31), nm 34.

[34] Deja abierto por ejemplo H. Schultz: *Goltdammer's Archiv* (en adelante *GA*) 1966, p. 193.

[35] Así por ejemplo Jennings & Watts (*supra* nota 4), p. 461: "prevent the enforcement of the law" (destacado por el autor).

[36] Así por ejemplo Oehler (*supra* nota 28), nm 527 (exención del "derecho penal del Estado de envío"), que no obstante no diferencia conceptos.

[37] *UNTS* 1155, p. 331.

[38] Cf. también OLG Düsseldorf, *NStZ* 1987, p. 87 y s. Así también la teorías de la representación y de la necesidad funcional, cf. ya *supra* nota 2. Cf. también Rüping (*supra* nota 1), pp. 402 y ss.; Brownlie (*supra* nota 1), pp. 343.

[39] Jakobs: *NStZ* 1987, p. 88.

cesales y de medidas coercitivas en general.[40] Al respecto, el funcionario consular goza también de la citada protección cuando actúa en ejercicio de los deberes consulares (artículo 43 I CVRC). Por lo tanto, las escuchas telefónicas del consulado son ilegales cuando se basan en la sospecha de la realización de un tipo que está en conexión con la observación de los deberes consulares.[41] Un arresto o una prisión preventiva son ilícitos si el funcionario consular no es acusado de un delito peligroso (41 I CVRC). La medida coercitiva adoptada en contra de esta regla *no podrá ser utilizada* en un proceso;[42] sin embargo, esto se aplica sólo al personal diplomático o consular y no a las personas no integrantes de este grupo.[43]

Si a la inmunidad se le atribuyese, por otro lado, un *efecto material*, ésta excedería el límite —sin necesidad— de la capacidad interna y eliminaría el *ius puniendi* mismo del Estado. De aquí se deducirá que la persona o el estatus determinado de la acción en un Estado democrático no cambian para nada la punibilidad y el merecimiento de pena de un determinado comportamiento. A modo de ejemplo: si un diplomático borracho causa un accidente de tránsito con resultado de muerte, provoca una "perturbación social",[44] igual que si el homicidio imprudente hubiese sido causado por un ciudadano normal. También los diplomáticos están obligados a la observación de la ley del Estado de recepción (artículo 41 CVDI); la cuestión es si pueden ser *procesados*. El *ius puniendi* del país receptor permanece intacto. De hecho puede en cualquier momento *resurgir* si el Estado de envío renuncia a la inmunidad (artículo 32 CVDI, 45 CVRC) o se elimina el estatus que determina tal privilegio.[45] En caso de una solución jurídico-material, la punibilidad debería ser establecida de nuevo en primer lugar y *ex post* en estos casos, lo que entraría en colisión con la prohibición de retroactividad (artículo 103 apartado 2 GG). *Last but not least*, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) ha confirmado recientemente el concepto procesal.[46]

El ya mencionado efecto continuo de la inmunidad diplomática conforme al artículo 39 II 2 CVDI tampoco habla —contrario a *Lemke*[47]— a favor de la concepción material, pues es válida sólo para acciones de servicio efectuadas mientras se ejerce un cargo. Continúa por tanto obrando únicamente la inmunidad *ratione mate-*

---

[40] Kleinknecht & Meyer-Goßner (*supra* nota 26), § 18 GVG nm 2; Pfeiffer, en *Karlsruher Kommentar* (nm 26), § 18 GVG nm 5; ídem: *Strafprozessordnung* (en adelante *StPO*) (nm 26), § 18 GVG nm 1. Cf. también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 35, 43, 60.

[41] BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30 y 31.

[42] BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30 y 31.

[43] BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30, 32 y ss.

[44] Jakobs: *NStZ* 1987, p. 88.

[45] Jescheck & Weigend (*supra* nota 26), § 19 III. 2; Gribbohm (*supra* nota 8), nm 339.

[46] CIJ (*supra* nota 6), para 60: "immunity from jurisdiction […] does not mean […] impunity […] Immunity […] and individual criminal responsibility are quite separate concepts […]"; así mismo aprob. Higgins, Kooijmans & Buergenthal, Joint Separate Opinion, pp. 74.

[47] Lemke (*supra* nota 28), nm 56.

riae, mientras que la inmunidad *ratione personae* no procede;[48] por lo demás, el Estado de envío puede renunciar a la inmunidad continuada *ratione materiae* en cualquier momento. Finalmente, la protección contra la persecución penal más allá del ejercicio del cargo diplomático se puede entender también como un *obstáculo procesal continuo*.

Si además los seguidores de la concepción material quieren entender la inmunidad como *causa de exención personal de la pena*,[49] es decir, reconociendo la posibilidad de una conducta antijurídica y culpable de un autor privilegiado, queda en la *sustancia* de la diferencia con la concepción procesal sólo el componente temporal: exención material *permanente* o procesal temporalmente *limitada* a la relación de servicio o al acto de servicio.[50] Entonces parece tratarse sólo de una controversia terminológica, lo que explicaría por qué al derecho internacional no le interesa tanto la naturaleza jurídica sino las consecuencias jurídicas de la inmunidad. Por lo demás, existe consenso en cuanto a que la participación en el hecho del *privilegiado* por la inmunidad y la *legítima defensa* contra él es posible.[51] Finalmente, un efecto material de la inmunidad iría también en contra de la limitación creciente de la inmunidad con base en el derecho penal internacional (sobre ello, *infra*, 3.2).

3. Límites de la inmunidad

3.1. General

El alcance y los límites de la inmunidad son examinados *de oficio y de forma autónoma* por los jueces.[52] Los tribunales no están sujetos a las opiniones del Ejecutivo, en particular a las que provienen del Ministerio de Asuntos Exteriores.[53] La incorrecta apreciación de la inmunidad no conlleva la nulidad sino solamente la *anulabilidad* de la sentencia.[54] Por lo demás, es válida la diferencia antes expuesta entre inmunidad estatal e inmunidad diplomática.

En el ámbito de la *inmunidad estatal* el principio de inmunidad absoluta ha sido desplazado progresivamente por un concepto *restrictivo* de inmunidad.[55] Así, la in-

---

[48] Doehring (*supra* nota 1), nm 679.

[49] Eser (*supra* nota 28), nm 44; Lemke (*supra* nota 28), nm 57; Oehler: *ZStW* 91 (1979), pp. 395 y 411.

[50] Cf. también Jakobs: *NStZ* 1987, pp. 88 y ss. Con referencias posteriores.

[51] Eser (*supra* nota 28), nm 44 por un lado; Gribbohm (*supra* nota 8), nm 338, por otro lado; igualmente Oehler (*supra* nota 28), nm 528.

[52] BGH *NJW* 1979, p. 1101; Rüping (*supra* nota 1), pp. 406 y ss.

[53] BGHSt 32, pp. 275 y 276 (caso *Tabatabai*). En sentido contrario en Estados Unidos y Gran Bretaña, cf. Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 58.

[54] Rüping (*supra* nota 1), pp. 408 y ss.

[55] *BVerfGE* pp.16, 27, 28, 36 y ss., 60 y ss.: en el proceso de regulación por convenios y normativización la inmunidad estatal ilimitada ya no es considerada como un principio general del derecho internacional. Cf. también Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1168 y ss.; Gloria (*supra* nota

munidad (funcional) de los órganos del Estado por la ejecución de un determinado acto depende de si el hecho es calificado como de oficial de servicio (*actum iure imperii*), no oficial de servicio (*actum iure gestionis*) o únicamente *privado*. Ya que el derecho internacional no proporciona ninguna regla al respecto, esta delimitación debe hacerse interpretando la "*naturaleza del acto*" desde el punto de vista del derecho *nacional* (sobre esto a continuación).[56] Al menos el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemán; en adelante, BVerfG) ha identificado un *núcleo central* del poder estatal, en el que siempre se puede hablar de actuación oficial; tal es el caso del ejercicio del poder exterior y militar, el Poder Legislativo, el poder de la policía y la Administración de Justicia.[57] Sin embargo, un estándar *internacional* que va más allá de las típicas tareas del Estado no encuentra ningún reconocimiento en el derecho internacional.[58] El derecho alemán por lo menos ha reconocido que el alcance de la inmunidad está limitado a los familiares del jefe del Estado en el marco de una invitación oficial (§ 20 apartado 1 GVG), pero éstos no gozan más allá de ninguna inmunidad; por ejemplo, si estudian en una Universidad del Estado de recepción.[59]

En el campo de la *inmunidad diplomática* no puede establecerse en *principio* ningún límite a la protección de la inmunidad porque desempeña una importante *función de ordenación* internacional y presenta, como ya se dijo, un *self contained regime* que regula concluyentemente la respuesta frente a posibles abusos, como por ejemplo la declaración de un diplomático como "persona non grata" (artículo 9 CVDI).[60] No obstante, la diferencia entre acto de servicio y privado puede ser relevante, por un lado, en el marco de la "continuidad" de la inmunidad conforme al artículo 39 II 2 CVDI, y por el otro para los nacionales del Estado de recepción que se encuentran en el servicio diplomático del Estado de envío, o para otros miembros de la misión (artículo 38 CVDI). Además, la inmunidad comprende para el *personal consular* los actos que son ejecutados "en observación de las tareas consulares" (artículo 43 I CVRC). Pero tampoco aquí el derecho internacional ofrece criterios para la delimitación entre acto de servicio y privado,[61] así que de nuevo se tiene que acudir

---

18), § 26 nm 20 y ss.; Doehring (*supra* nota 1), nm 660 y ss.; también ya en Ambos: *JZ* 1999, pp. 16, 20 y ss.

[56] *BVerfGE* 16, pp. 27, 61 y ss.; cf. también Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1173; Gloria (*supra* nota 18), § 26 nm 18; Brownlie (*supra* nota 1), pp. 354.

[57] *BVerfGE* 16, pp.27 y 63; fundamental. Dahm (*supra* nota 7), p. 166 y s.; también Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 1173.

[58] Cf. en este punto la moción desarrollada del DGV (BDGV 8, 1968, p.284; crít. Gloria (*supra* nota 18), § 26 nm 19).

[59] Cf. parte II.A.1.*a*. Rundschreiben des Bundesministerium des Inneren v. 17.8.1993, "Diplomaten und andere bevorrechtigte Personen", *Gemeinsames Ministerialblatt* 93, pp. 591 y ss. = Kleinknecht & Meyer-Goßner: *Strafprozessordnung*, § 18 GVG nm 11; Pfeiffer: *Karlsruher Kommentar* (*supra* nota 28), § 20 GVG nm 2.

[60] *BVerfGE* 96, pp. 68, 82 y ss. En el resultado también Rüping (*supra* nota 1), pp. 403 y ss.

[61] Crít. Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 42.

al derecho nacional. Así pues, para ambas formas de inmunidad pueden ser invocados los criterios de delimitación desarrollados.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, un *acto de servicio* existe siempre que un "*diplomático* obra como órgano ejecutivo de su Estado de envío y su actuación es así imputable al Estado",[62] incluso si el acto infringe el derecho nacional del Estado receptor;[63] esto es válido también si realiza tareas *consulares*.[64] Se debe partir de la inmunidad "en casos dudosos" si la actuación (consular) está relacionada de alguna manera con el acto de servicio.[65] La jurisprudencia se basa en un *concepto amplio*, y entiende que cada actuación para conseguir un determinado objetivo político forma parte de un acto de servicio,[66] siempre que esto resulte fácil de constatar externamente.[67] La prueba en contrario sería que la acción con igual finalidad pudiera haberse realizado por un particular.[68] En caso de la *utilización de un vehículo* solamente existe inmunidad ante comportamientos estrecha y objetivamente relacionados con las tareas propias del consulado,[69] o si se trata del "ejercicio de un acto de servicio";[70] en particular, la visita a un bar y a continuación el regreso en coche son vistos como actuaciones privadas.[71] *Medidas coercitivas* —por ejemplo, un arresto corto— también pueden ser empleadas contra un *diplomático* si se quiere prevenir un crimen inmediato;[72] esto es consecuencia del ya mencionado derecho a la *legítima defensa* contra delitos de diplomáticos.[73] La protección de *funcionarios consulares* es en todo caso más débil.

3.2. Límites en caso de violaciones de derechos humanos con base en el derecho penal internacional

3.2.1. Hacia una restricción de la inmunidad

En el más reciente desarrollo del derecho penal internacional, los límites de la inmunidad reconocidos *por causa de la protección de los derechos humanos* se fun-

---

[62] *BVerfGE* 96, pp. 68 y 80; Salmon : *Manuel de droit diplomatique*, 1994, pp. 458 y ss.

[63] *BVerfGE* 96, pp. 68 y 80; BGHSt 36, pp. 396 y 401; Dahm, Delbrück & Wolfrum (*supra* nota 7), pp. 311 y s.; Salmon (*supra* nota 62), p. 466.

[64] BGHSt 36, pp. 396, 400 y s.

[65] BGHSt 36, pp. 396 y 401 (destacado por el autor).

[66] OLG Köln, *NStZ* 2000, p. 667; Folz & Soppe: *NStZ* 1996, pp. 576 y 578.

[67] Folz & Soppe NStZ 1996, pp. 576 y 578.

[68] Cf. también Doehring (*supra* nota 1), nm 662.

[69] BayObLG *NJW* 1974, 431 (destacado por el autor). Así mismo OLG Hamburg, *NJW* 1988, 2191. Cf. también Rdschr. BMI (*supra* nota 59) IV B nº 4.

[70] BayObLG *NJW* 1992, p 641.

[71] OLG Hamburg, *NJW* 1988, p. 2191 (*Abendessen mit Besuch auf Reeperbahn*). Cf. también Rüping (*supra* nota 1), p. 399.

[72] CIJ informes 1980, 40; sobre esto también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 39.

[73] Cf. también Doehring (*supra* nota 1), nm 677.

dan en la idea de que existen violaciones *graves de derechos humanos* o *crímenes internacionales* que no pueden ser exceptuados de persecución penal por ninguna razón —tampoco por consideraciones diplomáticas—.[74] *In concreto* esto se refiere sin duda a los *crímenes nucleares* (*core crimes*), reconocidos en el Estatuto de Roma de la CPI, es decir, al *genocidio*, los *delitos contra la humanidad* y *crímenes de guerra* (artículo 5-8).[75] Según el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia [ICTY]; en adelante, TPIY), los responsables de tales delitos no pueden alegar la inmunidad ni ante los tribunales nacionales ni ante los tribunales internacionales, "*even if they perpetrated those crimes while acting in their official capacity*".[76] Qué otros delitos, llamados *delicta iuris gentium*,[77] reconocidos en otros tratados de derecho internacional, pueden levantar la protección de la inmunidad, es una pregunta que depende de la interpretación de estos tratados y de la praxis de los Estados. Con el caso *Pinochet* debería haber quedado claro que por lo menos la *tortura* —también como crimen individual— no puede ser enumerada entre los actos abarcados por la inmunidad del jefe de Estado, porque el derecho internacional no puede proteger algo que al mismo tiempo —en concreto, a través de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes— prohíbe.[78]

---

[74] Cf. en general Folz & Soppe NStZ 1996, pp. 576, 578 y s. con refencias sobre doctrina en pp. 581 y ss.; Princeton University (ed.): *The Princeton Principles on Universial Jurisdiction ("Princeton Principles")*, 2001, ‹www.princeton.edu/~lapa/univejur.pdf›, Principle 5 (p. 31), pp. 48 y ss. (diferenciando entre *substantive* y *procedural immunity*); Amnesty International: *Universal Jurisdiction*, chapter XIV, pp. 36 y ss.; Bianchi: *EJIL* 10 (1999), pp. 237, 259 y ss.; Flauss: *RSDIE/SZIER* 2000, pp.311 y ss.; Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 601 y ss; Herdegen: *ZaöRV* 47 (1987), pp. 221 y 224; Danilenko: *Michigan JouRn Int. L.* 21 (2000), pp. 445, 472 y s.; Bungenberg: *AVR* 2001, pp.170,196 y s.; Doehring (*supra* nota 1), nm 684 (ejecución de la inmunidad); Hormazábal Malarée: "La inmunidad del Jefe del Estado", en García Arán & López Garrido (dir.), *Crimen internacional y jurisdicción universal*, 2000, pp. 163,165 y ss., 182 y ss.; también Ambos: *JZ* 1999, pp.16, 20 y ss.

[75] Ambos (*supra* nota 31), nm 35 y 366 y ss.

[76] Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), *Prosecutor v. Blaskic*, sentencia de 29.10.1997 (IT-95-14-AR108bis), párr. 41. Ähnlich Watts: *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, RDC 247 (1994 & III) 9, 84; aprob. en el resultado también Kreß: *IYHR* 2000, pp. 157 y ss, 161.

[77] Cf. Sobre esta idea Verdross & Simma (*supra* nota 1), § 430 y ss.

[78] House of Lords, sentencia de 24.3.1999, en Ahlbrecht & Ambos (coords.): *Der Fall Pinochet(s)*, 1999, p. 148 (Lord Browne-Wilkinson), pp. 155 y ss. (p. 164: "contundentes razones […], que el empleo de tortura […] ninguna función estatal puede amparar"; p. 167: "Por esta razón respondió el senador Pinochet […] ya no con función alguna […], la inmunidad *ratione materiae* deja de aplicarse, si él […] organizó y autorizó la tortura […]"); aprob. Higgins, Kooijmans & Buergenthal: Joint Separate Opinion, *supra* nota 6, párr. 85. Sobre esto también Ambos: *JZ* 1999, pp. 16, 22 y s., 565 y s.; Bank: *ZaöRV* 59 (1999), pp. 677, 691 y s.; Kreß: *IYHR* 2000, pp.103 y 157 con referencias posteriores; Wirth: *Jura* 2000, pp.70 y 74.

Sin embargo, en este contexto, no se trata tanto de si también los actos delictivos pueden ser calificados como actos oficiales, sino más bien de *una limitación jurídico-material de la inmunidad*. Porque difícilmente se puede dudar que los delitos internacionales —cometidos en nombre y en el interés de un determinado Estado y de su orden político y gobierno— son realizados inicialmente[79] para conseguir objetivos oficiales o al menos de servicio.[80] Iría demasiado lejos no ver la comisión de los hechos delictivos en general como una acción oficial o de servicio, pues entonces la protección de la inmunidad restante quedaría "sin contenido".[81]

Ahora bien, en cuanto a la *extensión de la inmunidad* a los delitos nucleares ya citados, el artículo 7 del Estatuto del TMI y el artículo 6 del Estatuto del TMI de Tokio (International Military Tribunal for the Far East) excluyeron el *cargo oficial* de los reos como una causa de exención penal. De forma análoga, el artículo 7 apartado 2 del Estatuto del TPIY, el artículo 6 apartado 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (International Criminal Tribunal for Rwanda [ICTR]; en adelante, TPIR) y el artículo 27 apartado 2 del Estatuto de Roma declaran insignificante cualquier "cargo oficial" con respecto a la responsabilidad penal de la persona referida. Según el artículo 27 apartado 2 del Estatuto de Roma, la jurisdicción del CPI no debe ser estorbada por la inmunidad que con tales condiciones oficiales se sostiene.[82] Mientras no se discute que la inmunidad no supone[83] ningún obstáculo para un procedimiento jurídico-penal *internacional* y su limitación es reconocida incluso como una norma consuetudinaria internacional,[84] esto no es válido sin más respecto a las *relaciones interestatales* en las que Estados iguales entre sí se encuentran frente a frente y la regla del *par in parem* resulta de aplicación. Por lo tanto, la

---

[79] Sobre la tríada oficiales-de servicio-privados cf. ya Ambos (*supra* nota 31), nm 102.

[80] Cf. ya Ambos JZ 1999, pp.16 y 23 con referencias posteriores; en sentido parecido *Lord Hope Weekly Law Reports* (1999), pp. 827, 880-01.

[81] Correctamente *BVerfGE* 96, pp. 68 y 82; también Folz & Soppe: *NStZ* 1996, pp. 576 y 578.

[82] Sobre la dificultad de este precepto véase el artículo 98 apartado 1, Estatuto de Roma. Cf. Kreß: *IYHR* 2000, pp. 103, 159 y s. Escéptico sobre la eficacia frente a terceros (frente a Estados no firmantes) del artículo 27 del Estatuto de Roma, Danilenko: *Michigan JouRn Int. L.* 21 (2000), pp. 445, 471 y s.; contra la eficacia frente a terceros Schabas: *Tribunal Penal Internacional* (en adelnate TPI), p. 92.

[83] Cf. House of Lords, Regina v. Bartle/Evans, ex parte Pinochet, sentencia de. 25.11.1998, en: *WLR* 1998, t. 3, 1465 = *ILM* 37 (1998), p. 1302; deutsch (resumido) en Albrecht & Ambos (*supra* nota 78) p. 103, aquí p. 104 (Lord Slynn): "No existe ninguna duda sobre que los Estados que han reconocido ciertos crímenes no están amparados por el derecho a la inmunidad, si las acusaciones fueron realizadas por tribunales *internacionales*" (destacado por el autor). Aunque esta sentencia fue revocada por otra posterior de 24.3.1999, la declaración de Lord Slynns no ha perdido nada de su validez. (a.A. wohl Kreß IYHR 2000, pp.103 y 159).

[84] Cf. ya Prosecutor v. Blaskic (*supra* nota 76) así como Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp.595, 602 y ss. En el resultado también Kreß: *IYHR* 2000, pp.159 y ss, 161 así como Werle: *Völkerstrafrecht*, 2003, p. 173: "El interés se pone frente a la salvaguarda de la soberanía estatal […] detrás la […] sanción del crimen de Derecho internacional".

CIJ, en el procedimiento *Congo v. Belgium*, levantó la *orden de detención* belga contra el (entonces) ministro de Asuntos Exteriores del Congo porque consideró que éste tenía inmunidad (personal)[85] y excluyó explícitamente una limitación de esta inmunidad para los delitos mencionados.[86] Aun si esta sentencia va demasiado lejos (sobre esto, *infra*), la restricción de la inmunidad en el plano interestatal requiere una transposición interna por parte del derecho nacional (cf. artículo 46, 60 IV GG). En un orden jurídico *dualista* estricto, como el derecho inglés, es necesaria[87] una norma nacional que transponga el derecho internacional al derecho interno. En un (moderado) orden jurídico *monista*, como el derecho alemán, se da una recepción automática, en cierto modo, de todas las reglas de derecho internacional (cf. § 20 II GVG), sin ningún paso intermedio.[88]

Independientemente del método o la forma elegidos, se establece claramente que el derecho nacional se debe ajustar al *desarrollo del derecho internacional* para la persecución penal de los delitos internacionales. Así, en el marco de un proceso de consultas iniciado en el Consejo de Europa sobre el CPI, quedó comprobado que "*solutions must be found in order tu secure full compliance with the ICC Statute*".[89] En otras palabras, las inmunidades nacionales, que impiden la persecución de los delitos incluidos en el Estatuto de Roma, deben ser eliminadas. El Código alemán de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) no prevé sin embargo ninguna regla sobre esto, "puesto que el derecho penal alemán de todos modos no conoce una eventual exclusión de la punibilidad general para los miembros del gobierno o los parlamentarios".[90] En cuanto a la inmunidad parlamentaria del artículo 46 apartado 2 GG, ésta fue considerada suficiente suponiendo que el Parlamento levantase la inmunidad en caso de un crimen internacional perpetrado por un diputado; por ejemplo, instigación al genocidio.[91]

La *jurisprudencia alemana* también reconoce en principio una limitación de la inmunidad con base en los derechos humanos. El Tribunal Costitucional alemán remite a la correspondiente discusión en la literatura científica[92] y a los discutidos límites jurídico-

---

[85] CIJ (*supra* nota 6), párr. 70.

[86] Ibídem, párr 58 y ss.

[87] Cf. ya Ambos JZ 1999, pp.16 y 23 y 565; posiblemente omitido por Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp.595 y 604, en su crítica al fallo emitido por la House of Lords en el caso Pinochet.

[88] Cf. ya Ambos: *JZ* 1999, pp.16, 23 y s.

[89] Council of Europe: Second European Consultation on the ICC (Tribunal Penal Internacional), 13 & 14.9.2001, Strasbourg, conclusion 12 (‹www.legal.coe.int & criminal & icc›). En sentido parecido Amnesty International (*supra* nota 74), cap. XIV, pp. 39 y s.

[90] Ver fundamentación del Völkerstrafgesetzbuches (BGBl. 2002 I S. 2254), *Bundesrat Drucks* (en adelante *BR-Drucks. Boletín de las Cortes*. 29 & 02 v. 18.1.02, § 2 j), 36, trad. al castellano de Alicia Gil Gil.

[91] Ibídem. Para la inmunidad de los diputados recientemente *Brocker Goltdammer's Archiv* (en adelante *GA*) 2002, p. 44.

[92] *BVerfGE* 96, pp. 68 y 72.

penales de la inmunidad estatal.[93] La recusación de la queja constitucional del antiguo embajador de Siria en la República Democrática Alemana, a quien fue reprochada la asistencia en actos terroristas, ha sido considerada como un intento del Tribunal Constitucional alemán de fundamentar, basándose en el derecho consuetudinario interno, una restricción de la inmunidad en supuestos de *terrorismo*.[94] Esto es convincente en relación con actos terroristas de carácter masivo, similares a los atentados del 11 de septiembre de 2001[95] y 11 de marzo de 2004 (en Madrid), siempre teniendo en cuenta, sin embargo, que los actos estatales u oficiales clandestinos perpetrados en territorio extranjero (¡caso *Mykonos*!) no gozan en ningún supuesto de protección a través de la inmunidad.[96] El Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán; en adelante, BGH) rechazó pronunciarse en el caso *Honecker* sobre el tribunal competente conforme al § 13ª de la Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal Alemana; en adelante, StPO) por causa de la inmunidad del derecho internacional.[97] Sin embargo, el Tribunal Supremo determinó el tribunal competente en los procesos contra los militares argentinos y *Pinochet* planteando la pregunta de "si su inmunidad de Derecho internacional [de Pinochet, K. A.] comprendía los hechos señalados".[98] El Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Justicia; en adelante OLG) de Köln al menos reconoció —en cuanto al entonces presidente iraquí Sadam Hussein— que una recusación de la inmunidad (estatal) puede, en principio, ser posible si los delitos internacionales en cuestión se encuentran codificados; *in concreto*, sin embargo, negó la existencia de tales crímenes.[99]

En otros países europeos merece atención la sentencia de la Corte de Justicia de Ámsterdam en el proceso contra el antiguo jefe de Estado de Surinam, *Bouterse*. El tribunal de justicia afirmó que un antiguo jefe de Estado no podía hacer valer ninguna inmunidad estatal por la tortura (como crimen contra la humanidad) porque la perpetración de estos delitos no podía ser considerada como "*one of the official duties of a head of state*".[100] Sin embargo, el juicio fue anulado por el Tribunal Supremo Holandés debido a un vicio de competencia.[101] En el proceso *francés* contra el jefe

---

[93] *BVerfGE* 96, pp. 68, 84 y s.

[94] Faßbender NStZ 1998, pp.144 y 146.

[95] Cf. también Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 607 y ss., 609 y s.).

[96] Cf. Bothe: *ZaöRV* 31 (1971), pp. 246 y 252; Folz & Soppe: *NStZ* 1996, pp. 576 y 578.

[97] BGHSt 33, p. 97.

[98] BGH Resolución de 17.6.1998, 2 Ar 80 & 98 (argentinische Militärs); resolución de 18.11.1998, 2 Ars 471 & 98 y 474 & 98 (Pinochet), respecto a ello Pressemitteilung Nr. 83a v. 19.11.1998, reproducido en Ahlbrecht & Ambos (*supra* nota 78), p. 100. Cf. también ya Ambos: *JZ* 1999, pp.16 y 23.

[99] OLG Köln, *NStZ* 2000, 667 con nota de Wirth: *NStZ* 2001, p. 665.

[100] Gerechtshof Amsterdam (Corte de Justicia), 20 November 2000, *Nederlandse Jurisprudentie* (2001), 302 (nº 51), 303; traducción: International Commission of Jurists ‹www.icj.org & objectives & decision.htm›.

[101] Sentencia de 18.9.2001, número de referencia 00749 & 01 CW 2323, nº 6: El reconocimiento de la potestad penal holandesa fue una violación del principio de irretroactividad, porque Holanda

del Estado del Líbano, *Ghadafi*, la Corte de Apelación de París, en primer lugar, confirmó un límite de la inmunidad; sin embargo, la Corte de Casación anuló este juicio porque en su opinion la restricción a la inmunidad supone una regla del derecho internacional.[102] Un juez instructor belga decretó una orden de detención contra el ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; esta orden de detención fue, sin embargo, declarada ilegal por el ya mencionado juicio del CIJ.[103] Por último, un tibunal civil *norteamericano* declaró improcedente una reclamación por daños y perjuicios contra *Robert Mugabe* y su ministro de Exteriores por la existencia de "inmunidad diplomática": a pesar de una "tendencia dominante" ("*prevailing trend*") hacia la limitación de la inmunidad por graves lesiones de los derechos humanos, prevalece *todavía* el interés de "*friendly relations among sovereign states*".[104]

3.2.2. El estatus especial de miembros de las fuerzas armadas

En relación con la inmunidad es de especial interés la posición de los miembros de las fuerzas armadas. A modo de ejemplo, nos referimos al Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (CEF)[105] y a su Protocolo Adicional del 3.8.1959 aplicable a las tropas extranjeras establecidas en Alemania (en adelante, PA-CEF).[106] En cuanto a la *jurisdicción* sobre los delitos e infracciones[107] de los miembros de las fuerzas armadas establecidas en

---

todavía no había ratificado en el momento del hecho la Convención de la ONU contra la tortura. Además el Hoge Raad solicitó pruebas posteriores, en concreto la comparecencia de los sospechosos ante el alto tribunal holandés. Cf. también IELR 2001, pp. 514 y s.

[102] Arrêt de 20.10.2000 así como Arrêt de 13.3.2001, cf. *Revue générale de droi international public* (en adelante *RGDIP*) 105 (2001), pp. 473 y ss.

[103] Cf. ya CIJ (*supra* nota 6).

[104] U.S. District Court for the Southern District of N.Y., *Tachiona et al. against Mugabe et al.*, 30.10.2001, 169 F. Supp. 2d 259; ratificada en 14.2.2002.

[105] Sobre ello Rumpf: *Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik*, 1969, pp. 14, 16 y ss. El Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (en adelnate NTS) es válido para todos los estados integrados en la OTAN excepto Islandia, así pues es válido para Bélgica, Francia, Noruega, Estados Unidos (desde 23.8.1953), Dinamarca (27.6.1955), Italia (21.1.1956), Canadá (27.9.1953), Luxemburgo (18.4.1954), Holanda (18.12.1953), Gran Bretaña (12.6.1954), Turquía (17.6.1954), Portugal continental (22.12.1955), España (9.9.1987, BGBl 1988 II p. 105), cf. BGBl II, Agencia de empleo B, 2001, p. 327. Se amplió por "el acuerdo de 19.6.1995 entre los Estados firmantes del Tratado del Atlántico Norte y los otros en la colaboración para la paz de los Estados integrantes en el pacto sobre la posición jurídica de sus tropas" (BGBl 1998 II p. 1340) a los miembros del acuerdo la pacificación de los Estados Unidos.

[106] BGBl 1961 II pp. 1183, 1218, revocado por la sentencia de 21.10.1971, BGBl 1973 II p. 1022; Sart. II 66 c.

[107] El concepto de culpabilidad utilizado en el artículo VII NTS incluye la ilegalidad (Schwenk: *JZ* 1976, 581).

territorio alemán, existe un conflicto entre los principios internacionales de la *soberanía territorial* del Estado de recepción, por un lado, y de la *soberanía personal* (sobre sus nacionales) del Estado de envío por otro; en particular existe una fuerte controversia en cuanto al estatus especial procedente de la soberanía personal.[108] El CEF prevee un régimen de dos escalones, que diferencia entre jurisdicción exclusiva y concurrente (artículo VII CEF).[109]

Un caso de *jurisdicción exclusiva* se presenta cuando un determinado acto está penado sólo por el derecho del Estado de envío o sólo por el derecho del Estado de recepción (artículo VII apartado 2 CEF).[110] El Estado de recepción tiene que verificar en este caso —al igual que sucede cuando se trata de constatar la existencia de una norma idéntica en el lugar del hecho en relación con la personalidad pasiva o activa (§ 7 Strafgesetzbuch [Código Penal Alemán; en adelante, StGB]) que la conducta es igualmente punible en el respectivo Estado de envío. Este examen corresponde a las autoridades alemanas competentes, es decir, a la Fiscalía del Estado[111] o al Tribunal, en cooperación con la autoridad competente del Estado de envío en el marco de un llamado trámite de certificación (*Bescheinigungsverfahren*, artículo 17 PA-CEF): la autoridad extranjera puede presentar a instancia de la autoridad alemana o *proprio motu* una certificación sobre la punibilidad en el Estado de envío. La autoridad alemana decide en consonancia con esta certificación; sin embargo, aquélla puede ser revisada en el nivel del Gobierno Federal. En el caso contrario —el Estado de envío se vale de la jurisdicción exclusiva—, el proceso es aplicable análogamente. *In concreto* los delitos puramente militares pertenecerían a la jurisdicción exclusiva del Estado de envío, mientras que los delitos de circulación y del deber de pagar alimentos conforme al § 170 del StGB quedarían bajo la jurisdicción exclusiva del Estado de recepción (en este caso, alemán).[112] Además de lo referido, sobre "los actos contra la seguridad del Estado" en el artículo VII apartado 2.*b* CEF rige la competencia jurisdiccional del Estado de recepción por los delitos contra la seguridad del Estado, en concreto los crímenes de traición, sabotaje, espionaje y traición de secreto (cf. artículo VII apartado 2.*c* CEF).

De mayor relevancia son los casos de la *jurisdicción concurrente*,[113] ya que se establece entre Estados integrantes de la OTAN, que sostienen, en lo esencial, los mismos valores y una misma idea sobre la conducta merecedora de pena, especial-

[108] Cf. Witsch: *Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der U.S.-Streitkräfte und dere begleitende Zivilpersonen*, 1970, pp. 7 y ss.; Rumpf (*supra* nota 105), p. 14; cf. también Oehler (*supra* nota 28), nm 617 y ss.; Doehring (*supra* nota 1), nm 692 y ss.

[109] Cf. más próximo Witsch (*supra* nota 108), pp. 17 y ss.; Rumpf (*supra* nota 105), pp. 24 y ss.

[110] Más próximo Witsch (*supra* nota 108), pp. 60 y ss.

[111] Sobre esto así mismo existe un "compromiso" entre las administraciones alemana y americana. Cf. Gribbohm (*supra* nota 8), nm 361.

[112] OLG Stuttgart, *NJW* 1967, p. 508. Cf. también Schwenk, *NJW* 1963, p.1425, ders. *JZ* 1976, p. 581; Marenbach: *NJW* 1974, p. 1598.

[113] Más próximo Witsch (*supra* nota 108), pp. 73 y ss.

mente en el ámbito europeo, implicando tal grado de armonización que la mayoría de los actos sea punible en todos los ordenamientos legales de la OTAN.[114] Así pues, corresponde al Estado de envío una prerrogativa si se trata de hechos que son dirigidos sólo contra sus bienes jurídicos, en particular su patrimonio o su seguridad (se trata de *actos inter se*) o se encuentran en conexión con actuaciones de servicio (llamados *delitos on duty*) (artículo VII apartado 3.*a* CEF).[115] Aquí se manifiestan, por un lado, los principios de personalidad pasiva y de protección; por otro lado, el enjuiciamiento privilegiado de los *delitos on duty* también puede ser un resultado directo de la inmunidad estatal si se trata de actos oficiales de servicio —*acta iure imperii* no sólo *gestionis*—.[116] En todos los otros casos el Estado de recepción posee el privilegio para ejercer la jurisdicción (artículo VII apartado 3.*b* NTS). Ambos Estados podrían renunciar a la preferencia (artículo VII apartado 3.*c* NTS).

Esta distribución de *competencia* es modificada por Alemania —a través del artículo 19 PA-CEF en relación con el protocolo de firma (*Unterzeichnungsprotokoll* [UP]) al PA[117] —en favor del *respectivo* Estado de envío—.[118] Según esto Alemania se comprometió a renunciar de manera general a la correspondiente prerrogativa en cualquiera de los casos del artículo VII apartado 3.*b* CEF, si un Estado de envío lo solicita. Esta —a primera vista considerable— *pérdida de soberanía* se atenúa ya que después de 21 días Alemania puede retirar la renuncia temporal e invocar su competencia si "importantes intereses de la justicia alemana" así lo exigen (artículo 19 apartado 3 PA-CEF). Según el artículo 2.*a* UP-PA-CEF, se aplica esta regla a los actos juzgados en primera instancia por los tribunales superiores (§ 120 GVG) en caso de delitos referentes a la defensa del Estado, así como asesinatos y graves delitos de violencia. Por lo demás, la renuncia se refiere sólo al *ejercicio* de la prerrogativa en el sentido del artículo VII apartado 3.*b* CEF, mientras que la *jurisdicción* alemana permanece intacta para delitos cometidos en territorio nacional alemán.[119] En particular, la jurisdicción exclusiva territorial puede recaer en el Estado de recepción (Alemania), en el caso de que la impunidad fuese la consecuencia, por ejemplo, si el Estado de envío ya no se encuentra realmente en la posición de hacer uso de su

---

[114] Cf. Sobre el asesinato y el homicidio por ejemplo la investigación de Heine & Vest en McDonald & Swaak Goldmann (dir.): *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law I*, 2000, pp. 175 y ss.

[115] Sobre esta terminología también Witsch (*supra* nota 108), p. 73.

[116] Cf. Lagodny: *Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen?* (Informe del Bundesministerium für Justiz (en adelante BMJ)), 2001, ‹www.sbg.ac.at & ssk & lago.pdf›, § 7 A. I.

[117] Ley de 18.8.1961, BGBl II pp. 1183, 1313; promulgación de 16.6.1963, BGBl II pp. 745.

[118] OLG Nürnberg, *NJW* 1975, pp. 2151 y 2153: Zuständigkeitsverschiebung. Más próximo Witsch (*supra* nota 108), pp. 93 y ss.

[119] Zutr. OLG Stuttgart, *NJW* 1977, pp. 1019 y 1020; sobre esto también Gribbohm (*supra* nota 8), nm 364.

prerrogativa porque el sospechoso deja de formar parte del ejército.[120] Los miembros de las fuerzas armadas extranjeras con una *presencia eventual* en territorio alemán también están sujetos, en principio, a la jurisdicción alemana, por lo que deben ser puestos a disposición judicial siempre que se afecten los intereses esenciales de la Administración de Justicia.[121] Éste debería ser entonces el caso si se trata de los delitos citados en el artículo 2.*a* UP-PA-CEF.

Mientras en los casos anteriores se trata de la jurisdicción exclusiva del Estado de envío a escala *interestatal*, el gobierno actual de Estados Unidos pretende asegurar la inmunidad de sus soldados (y de todos sus ciudadanos) *frente a la CPI* con dos mecanismos. El primero consiste en excluir de la jurisdicción de la CPI a los nacionales de Estados no parte que participen en misiones de paz autorizadas por la ONU. La resolución inicial 1422 del 12 junio de 2002, prorrogada el 12 de junio de 2003 por resolución 1487 un año más, señala al respecto en su inciso primero:

> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la *Corte* Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que *no* sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, *no inicie ni prosiga*, durante un período de doce (12) meses a partir del 1 de julio de 2002, *investigaciones o enjuiciamiento* de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario. [Énfasis K. A.]

Del análisis del mismo texto se desprenden varias conclusiones. La primera, que esta resolución se refiere a operaciones no sólo establecidas sino *autorizadas* por las Naciones Unidas; esto significa que si, por ejemplo, la guerra contra Irak hubiera sido "autorizada" por ese organismo, tendría lugar la aplicación de esta resolución y los ciudadanos de estados no parte no podrían ser sometidos a la CPI aunque Irak fuera estado parte de la ECPI o hubiera aceptado la competencia mediante declaración *ad hoc* (artículo 12, inciso 3). La segunda conclusión se refiere a los "funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado no parte"; es decir, se hace mención no solamente a los soldados del ejército u oficiales de la fuerza pública, sino también al personal contratado por los Estados Unidos como, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas de seguridad. Es justamente por la participación de estas personas en conflictos armados por lo que Estados Unidos pretendía extender esta norma a ese personal y a los ex funcionarios. Como ya se apuntó críticamente, estas resoluciones crearon dos clases de Estados.[122] Finalmente,

---

[120] BGHSt 28, pp. 96 y 99.

[121] Cf. artículo 2 § 7 StreikräfteaufenthaltsG v. 20.7.1995 (BGBl II S. 554); sobre esto también Borchmann: *NJW* 1997, pp. 101 y s.

[122] Cf. Ambos: *Süddeutsche Zeitung* de 16.7.02, 13 (en castellano en *Desarrollo y Cooperación* 5/2002, 7; *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, 7/02, 18; *La Gaceta Jurídica*, La Paz (Bolivia), 16.8.02, 11; crít. también Kreß: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2002, nº 9, 1087; Stahn: *EJIL* 14 (2003), p. 85.

el segundo intento de prórroga a petición de los Estados Unidos no prosperó y el proyecto correspondiente tuvo que ser *retirado* el 23 de junio de 2004 en el Consejo de Seguridad.[123]

Las normas mencionadas han sido complementada con las resoluciones 1497 del 1 de agosto de 2003 y 1502 del 26 de agosto de 2003. La primera —autorizando una misión de paz en Liberia para facilitar la salida del señor Charles Taylor a Nigeria— establece la *jurisdicción exclusiva* del Estado de envío que no sea Estado parte del Estatuto de la CPI, es decir, de Estados Unidos, China, Rusia, India etc.[124] La segunda calificó, a raíz del atentado en Bagdad contra las Naciones Unidas, los ataques contra personal humanitario como crimen de guerra, pero los Estados Unidos vetaron una referencia explícita al Estatuto de Roma (que tenía una definición consensuada del ataque en contra del personal de asistencia humanitaria en el artículo 8.2.*b*.iii y *e*.iii, artículo 5) sustituyéndola por una referencia a "la tipificación de esos ataques como crímenes punibles por la ley" (§ 5).

A *nivel bilateral* los Estados Unidos logran la inmunidad a través de convenios de no entrega de sus nacionales que ya cerraron con más de 80 Estados.[125] La parte decisiva de estos convenios —en esencia idéntica en todos ellos— dice:[126]

> 1. Para los fines del presente Acuerdo la expresión "persona de los Estados Unidos de América" significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista), o miembro del servicio militar, actual o antiguo, del Gobierno de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del derecho internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que Envía (los Estados Unidos de América).
>
> 2. Una persona de los Estados Unidos de América, el Estado que Envía, no será, salvo con el consentimiento expreso de los Estados Unidos de América:
>
> a) entregada ni trasladada de ninguna manera a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni
> b) entregada ni trasladada de ninguna manera a ninguna entidad o tercer país, ni expulsada a un tercer país. con el propósito de entregarla o trasladarla a la Corte Penal Internacional.

---

[123] Ver la declaración del embajador de los Estados Unidos ante la ONU enfatizando el rechazo de la CPI por los Estados Unidos (*UN Press Release* 112 (04), 23 de junio de 2004).

[124] La Resolución establece en la cláusula 7 la siguiente fórmula: "7. Decide que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la *jurisdicción exclusiva de ese Estado* aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva" (las cursivas son mías)

[125] Véase ‹www.iccnow.org & documents & otherissuesimpunityagreem.html›. De Latinoamérica han firmado hasta ahora en tal convenio El Salvador, Honduras, República Dominicana, Bolivia y Colombia.

[126] Cito aquí del convenio con Colombia de 17.9.2003.

Los convenios se extienden así —de forma análoga a la citada resolución del Consejo de Seguridad— no sólo a los miembros de las tropas militares sino otra vez "sólo" a todos los ciudadanos de Estados Unidos, y también a cada persona que por orden del Gobierno de los Estados Unidos es parte activa y también para los miembros de los Estados partes del Estatuto de Roma. Esta amplitud sobre ciudadanos no pertenecientes a los Estados Unidos todavía es más clara en el correspondiente convenio firmado con Bolivia, cuando allí se dice:

> […] y al personal militar que cumpla o haya cumplido funciones en el pasado para los Estados Unidos, que no tenga la nacionalidad de Estados Unidos […][127]

Pues bien, estos acuerdos son criticables no sólo por su extensión a nacionales no americanos, sino en mayor medida por cuanto quebranta el deber de colaboración de los Estados partes del CPI, con elevados riesgos para el orden internacional. Parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (artículo 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (artículo 89). En todo caso, si esta obligación existiese antes de un acuerdo bilateral, el acuerdo sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del Estatuto de Roma (artículo 18 de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, se debe exigir el consentimiento del Estado de envío (*sending state*) solamente si "un acuerdo internacional" preexistente al Estatuto de Roma exige este consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea[128] y una resolución del Parlamento Europeo.[129] Así, los *Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte*, aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de setiembre de 2002,[130] tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes señalando, *inter alia*, que:

---

[127] Convenio de 19.5.2003, párr. 1.

[128] Dictamen interno del 13 de agosto de 2002. Publicado en inglés en *Human Rights Law Journal* (*HRLJ*), t. 23 (2002), p. 15; en alemán en *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (*EuGRZ*) 2002, p. 469.

[129] Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, "la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos […]" y expresa, en la letra F, su decepción "por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI (Doc. P5_TA-PROV (2002) 09-26; ‹www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES›; en alemán en *EuGRZ* 2002, p. 554.

[130] Sesión nº 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de setiembre de 2002, Doc. 12516 & 02, punto 6 "Corte Penal Internacional" con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase ‹http: & & register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf›; en alemán en *EuGRZ* 2002, p. 665.

- Deben tomarse en consideración los *acuerdos* internacionales *existentes*, en particular entre un Estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.
- Celebrar los acuerdos *propuestos* por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería *incompatible con las obligaciones de los Estados parte* en la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales suscritos por Estados partes de la CPI.
- Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido *crímenes* que sean competencia de la Corte *no queden impunes*. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.
- Toda solución debe incluir únicamente a personas que *no* sean *nacionales* de un *Estado parte* en la CPI.

3.2.3. Ponderacion de intereses: ejercicio soberano de la función pública o protección penal de los derechos humanos

La restricción de la inmunidad por razones de derechos humanos y de derecho penal internacional es el resultado de una *ponderación de intereses* entre la pretensión del Estado nacional de ejercer sus acciones oficiales sin ser estorbado en la mayor medida posible y la pretensión del individuo de que se protejan sus derechos fundamentales a través de la consecuente implementación de las obligaciones de persecución del derecho penal internacional en el plano internacional y nacional.[131] La limitación de la inmunidad no solamente presupone que se trate de la persecución de los crímenes internacionales más graves, sino también que la actuación oficial del Estado afectado —su llamada *soberanía funcional*— no sería obstaculizada más allá de lo estrictamente *necesario*, ya que de lo contrario se acabaría arriesgando el *orden internacional* (diplomático).[132] Por lo tanto, como regla general prevalece la inmunidad absoluta (*ratione personae*) de un *jefe de Estado en funciones* ante un tribunal *nacional* en el nivel de las *relaciones interestatales*;[133] así pues, cualquier *acción de*

---

[131] Cf. ya Ambos: *JZ* 1999, pp.16, 21 y ss.; en sentido semejante Higgins, Kooijmans & Buergenthal: Joint Separate Opinion, *supra* nota 6, párr. 5, 75; también Flauss: *RSDIE/SZIER* 2000, pp. 307 y ss. Para los derechos fundamentales y los derechos humanos como contenido de un orden público internacional. Cf. Kokott: *DGVR* 35 (1998).

[132] Cf. Zappalà: *EJIL* 12 (2001), pp. 595, 600 y 607; de este modo ya Ambos: *JZ* 1999, pp.16 y 23; aprob. Wirth: *NStZ* 2001, p. 667.

[133] En este sentido totalmente tradicional *Princeton Principles* (*supra* nota 74), p. 49: "Under international law as it exists, *sitting* heads of state, accredited diplomats, and other officials cannot be

persecución penal —como por ejemplo, su detención— deviene ilegal si con ella se produce una grave intervención en la soberanía funcional del Estado afectado provocando una profunda intromisión y desestabilización de la relaciones *internacionales*. El mismo principio es válido para todos los *diplomáticos*, que gozan de inmunidad personal, pues justamente sus actos garantizan la existencia de unas mínimas relaciones diplomáticas y desempeñan así una función esencial de orden y estabilidad en el sistema internacional.[134]

La *CIJ*, sin embargo, va más allá de lo necesario al extender, por un lado, la inmunidad absoluta *ratione personae* también a un ministro de Relaciones Exteriores y, por otro lado, al limitar la responsabilidad de un antiguo ministro a los actos realizados durante el ejercicio de su cargo, sólo si los ha realizado "*in private capacity*":[135] ya que con estos requisitos solamente es posible una persecución penal *nacional* posterior del antiguo jefe de Estado o del antiguo ministro de Relaciones Exteriores si se puede probar o tiene, por lo menos, la sospecha fundada de que ellos habían cometido un delito internacional de forma "privada" —una idea bastante alejada de la realidad que además conduciría al difícilmente superable problema de la limitación entre actos oficiales de servicio y actos privados—.[136] Por lo demás, la CIJ concede a los portadores de la inmunidad personal (ya privilegiados) una continuidad de su inmunidad aun en el caso de crímenes internacionales.

La aquí defendida restricción jurídico-material de la inmunidad debe también conducir, en principio, a su aplicación a la *inmunidad diplomática*. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán opina que semejante limitación sólo es válida para la inmunidad estatal y no para la inmunidad diplomática, porque se trata de "institutos diferentes de derecho internacional con sus propias reglas", y esta última es merecedora de atención en un doble sentido.[137] Por un lado, porque el elemento personal de la inmunidad diplomática protege también al diplomático —*ratione personae*— si no realiza actos oficiales y cuando ningún órgano "normal" del Estado gozaría de una protección a través de la inmunidad.[138] Por otro lado, porque la inmunidad diplomática no requiere de una restricción jurídico-material, pues sólo genera efectos *inter partes* (ya *supra* 1) y por lo tanto terceros Estados no se ven impedidos, en principio,

---

prosecuted while in office for acts committed in their official capacities" (destacado por el autor). También se reconoce allí (51), que la inmunidad "for sitting heads of state" etc. pueda ser más y más cuestionada.

[134] Para Watts (*supra* nota 76), p. 19, el número de jefes de Estado y "representantes senior" debe alcanzar a escala mundial la cifra de 500-600 personas.

[135] CIJ (*supra* nota 6), párr. 61.

[136] De otra opinión aparentemente Higgins, Kooijmans & Buergenthal: Joint Separate Opinion, *supra* nota 6, párr. 85, continúa hasta ahora el pensamiento mayoritario de la comunidad internacional y conserva la delimitación aparente por practicable.

[137] *BVerfGE* 96, pp. 68, 84 y s.

[138] Cf. también *BVerfGE* 16, pp.27, 34 y ss.; *BVerfGE* 96, pp. 68 y 85.

de llevar a cabo una persecución penal (excepto artículo 40 CVRD). Las consideraciones basadas en los derechos humanos pueden, sin embargo, desempeñar un papel relevante si se trata de la persecución de un diplomático *en* y *por* el Estado de recepción y si se trata de actos no oficiales que quedarían abarcados por la inmunidad *ratione personae*. Aquí debería hacerse un balance, como en el caso de la inmunidad estatal, tomando en consideración la gravedad de los crímenes cometidos y las posibles consecuencias que la recusación de la inmunidad diplomática tendría para el orden internacional. Por supuesto, es necesario diferenciar entre la *persecución penal* de un diplomático y las *medidas de orden policial* contra un diplomático. Ciertamente, en una embajada en que se ha asesinado y torturado no puede tener validez el derecho de inmunidad, así como tampoco en el caso de un jefe de Estado que ordenó el citado delito.[139] Además, el Estado de recepción tiene el derecho[140] —conforme a la idea de legítima defensa— de tomar contramedidas para intervenir si desde una embajada se cometen hechos delictivos, como por ejemplo, disparar.[141] Por último, el diplomático también tiene que respetar la ley del Estado de recepción (artículo 41 I CVRD). Sin embargo, todo esto no debe conducir automáticamente a una persecución penal del diplomático. Más bien el Estado de recepción tiene que tomar antes de nada medidas policiales y jurídico-diplomáticas; en concreto, debe declarar al diplomático criminal *persona non grata*.

---

[139] Doehring (*supra* nota 1), nm 684.

[140] Así mismo Doehring (*supra* nota 1), nm 684; de opinión abierta Brownlie (*supra* nota 1), pp. 348.

[141] Cf. en este sentido también el "Libyen-Botschaftsfall"; sobre esto Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm 38.

Bibliografía selecionada

ALBRECHT & AMBOS (dir.): *Der Fall Pinochet(s)*, 1999.

AMBOS: "Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht", *JZ* 1999, 16.

BOTHE: "Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane", *ZaöRV* 31 (1971), 246.

BRÖHMER: *State Immunity and the Violations of Human Rights*, 1997.

CASSESE: "When may senior state officials be tried for intern. Crimes?", EJIL 13 (2002), 853.

DELMAS-MARTY: "La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités)", en: CASSESE & DELMAS-MARTY (dir.): *Juridictions nationales et crimes internationaux*, 2002, p. 613.

FASTENRATH: "Möglichkeiten u. Grenzen repressiven Menschenrechtsschutzes…", en: V. SCHORLEM (dir.), *Praxishandbuch UNO*, 2002, p. 369.

FLAUSS: "Droit des immunités et protection internationale es droits de l'homme", *RSDIE/SZIER* 2000, 299.

FOLZ/SOPPE: "Zur Frage der Völkerrechtsmäßigkeit von Haftbefehlen gg. Regierungsmitglieder anderer Staaten", *NStZ* 1996, 576.

GUILHERME DE ARAGÃO: "Grenzen des Weltrechtsgrundsatzes: Der Haftbefehl Fall des IGH", *HuV* 2002, 77.

HERDEGEN: Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Strafgewalt, ZaöRV 47 (1987) 221.

HORMAZÁBAL MALARÉE: "La inmunidad del Jefe del Estado", en: GARCÍA ARÁN & LÓPEZ GARRIDO (dir.): *Crimen internacional y jurisdicción universal*, 2000, 163.

KREß: "War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice", *IYHR* 30 (2000), p. 103.

LÜKE: *Immunität staatlicher Funktionsträger*, 2000.

MARENBACH: "Aktuelle Probleme des Nato-Truppenstatuts", *NJW* 1974, 1598;

RUMPF: *Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik*, 1969.

RÜPING: "Die völkerr. Immunität im Strafverfahren", *Kleinknecht FS*, 1985, p. 397.

H. SCHULTZ: "Zur Regelung des räuml. Geltungsbereiches durch den E 1962", *GA* 1966, 193.

WERLE: *Völkerstrafrecht*, 2003, pp. 171 y ss..

WIRTH: "Immunities, related problems, and artículo 98 of the Rome Statute", *CLF* 12 (2001), 429.

— "Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgement in The Congeo v. Belgium Case", *EJIL* 13 (2002), 877.

WITSCH: *Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der U.S.-Streitkräfte und dere begleitende Zivilpersonen*, 1970.

ZAPPALÁ: "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes?…", *EJIL* 12 (2001), p. 595.

Abreviaturas

AVR	Archiv des Völkerrechts
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen
BGHT	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán)
BMI	Bundesministerium des Inneren
BMJ	Bundesministerium für Justiz (Ministerio de Justicia)
BR-Drucks	Bundesrat Drucks (Boletín de las Cortes)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemán)
BVerfGE	Entscheidungen Bundesverfassungsgericht (Colección de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CDI	Comisión de Derecho Internacional (ONU)
CEF	Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPI	Corte Penal Internacional
CVDI	Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas
CVDT	Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados
CVRC	Convención de Viena sobre Relaciones Consulares
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift
EJIL	European Journal of International Law
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FS	Festschrift
GA	Goltdammer´s Archiv
GG	Grundgesetz (Constitución Alemana)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial)
HRLJ	Human Rights Law Journal
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
IELR	International Enforcement Law Reporter
ILC	International Law Commission
IMG Statut	Statut des Internationalen Militärgerichtshofe
JZ	Juristenzeitung
nm.	número marginal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OEA	Organización de Estados Americanos
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Justicia del Land)
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de la droit international
RGDIP	Revue générale de droi international public

StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal)
TMI	Tribunal Militar Internacional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
UNTS	UN Treaty Series
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

VI. Derecho de la integración

- *Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)*
  Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur

- *Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia)*
  Sistema jurisdiccional andino y europeo

- *Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua)*
  El derecho comunitario: concepto, naturaleza y caracteres

- *Ricardo Vigil Toledo (Ecuador)*
  La cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur

- *Ruben Correa Freitas (Uruguay)*
  Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un Parlamento común

- *Esther Gómez Campelo (España)*
  La Orden Europea de Detención y Entrega ante la delincuencia organizada. ¿Un nuevo enfoque del estado de derecho?

Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina) *

Razón e historia en el derecho de la integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur

> Es un pensamiento a menudo repetido que la humanidad es incapaz de aprender de la historia, es[to] no es totalmente correcto si juzgamos nuestra experiencia en Alemania. Como resultado del desastre que las dos guerras mundiales trajeron a Alemania, la gran mayoría de nuestro pueblo se ha dado cuenta consciente o intuitivamente que las naciones no pueden continuar viviendo según sus propios deseos e inclinaciones, sino que deben aunar sus intereses con los de los otros pueblos de la tierra. Ya no hay ningún problema importante que sea exclusivamente alemán o incluso exclusivamente europeo. Debemos aprender a pensar y a actuar en un marco más amplio.
>
> La expresión "¡Todos somos hermanos!" no es una frase vacía y no debemos permitir nunca que llegue a serlo. No debemos pensar en ciertos países como lejanos y, por consecuencia, carentes de interés para nosotros. Cualquier país nos concierne porque la paz es indivisible, y solamente cuando todos los países, en sus decisiones y actos, tengan en cuenta el estado del mundo en su conjunto, conseguiremos que llegue la paz.
>
> Konrad Adenauer[1]

1. Nociones básicas: La integración y el diálogo entre razón e historia en la teoría jurídica y los procesos integradores de la Unión Europea y el Mercosur

1.1. La integración, la razón y la historia

1. La *integración* es, a nuestro parecer, una especial manera de aproximación entre los pueblos apoyada en la *inter-nacionalidad*, es decir, la vinculación entre

---

* Profesor titular y director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET (Argentina) ‹mciuroc@arnet.com.ar›.

[1] Konrad Adenauer: "El fin del nacionalismo", en *Historiasiglo20.org*, *La Historia de la Unión Europea*, *La ciudadanía europea*, ‹http://www.iespana.es/jocana59/europa/textos.htm#Adenauer›, 1/8/2004.

Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás, en el *desarrollo económico en común* y cierta *voluntad democrática*.[2]

Sin desconocer las tensiones que presenta a menudo su desenvolvimiento, la integración requiere cierta *con-fianza*. En definitiva, se ha de *construir un nuevo espacio social*, con bases económicas y de cultura general, cuyas características serán diferentes según el modelo de integración que se adopte como área de libre comercio, unión aduanera, mercado común, integración económica, unión económica o unión política.

La construcción de la confianza y el nuevo espacio social requiere la "confluencia" de la *razón* y la *historia*. El diálogo entre *razón e historia* (en los individuos entre *razón y biografía*) es uno de los más difíciles de toda la cultura. Aunque el debate respecto de razón e historia se desarrolló de modo muy destacado en el siglo XIX, por ejemplo, entre los hegelianos y los savignianos, se trata de un problema general de la condición humana que hoy tiene también gran actualidad.[3]

Pese a la gran dificultad de conocer el pasado, que se manifiesta en la posibilidad de referencia etimológica de *historia* a 'búsqueda, averiguación, sabiduría y conocimiento', pero también a 'cuento', creemos claro que el pasado como fue y como

---

[2] Acerca de las bases sociológicas del derecho internacional público puede verse, por ejemplo, Alfred Verdross: *Derecho internacional público*, con la colaboración de Karl Zemanek, trad. Antonio Truyol y Serra, 4ª ed., Aguilar, Madrid, 1963, pp. 8 y ss.

[3] Es posible ver, por ejemplo, Alfred Dufour: "Rationnel et irrationnel dans l'Ecole du Droit historique", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23, *Formes de rationalité en droit*, pp. 147 y ss.; José Ortega y Gasset: *La "Filosofía de la historia" de Hegel y la Historiología*, en Georg Wilhelm Friedrich Hegel: *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, trad. José Gaos, 2ª ed., Alianza, Madrid, 1982, pp. 15 y ss.; Carla Faralli y Enrico Pattaro (eds.): *Reason in Law*, Giuffrè, Milán, 1987-1988; en relación con el tema cabe citar Antonio Escohotado: "Elogio del sabio" —publicado en *El Mundo* del 11/6/2003, ‹http://www.el-mundo.es/papel/2003/06/11/opinion/›—, en *punksunidos.com.ar*, ‹http://usuarios.lycos.es/punksunidas/txt/escohotado13.html›. Acerca de la historicidad puede verse Miguel Ángel Ciuro Caldani: *Estudios de historia del derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000 (también es posible ver *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1991-94).

En cuanto a los distintos significados de las palabras *razón* e *historia*, cabe ver, por ejemplo, José Ferrater Mora: *Diccionario de filosofía*, 5ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 1965, t. II, pp. 524 y ss., t. I, pp. 849 y ss.; Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Madrid, 1992, t. II, pp. 1731 y 1114.

La tensión entre razón e historia puede ser analizada por ejemplo en las tensiones entre lo racional y lo irracional, entre lo abstracto y lo concreto y entre lo planificado y lo espontáneo. La razón parece poseer sentidos que viabilizan la "ahistoricidad", la abstracción y la planificación La historia parece tener un despliegue básico de irracionalidad, concreción y espontaneidad. Siempre es interesante tener en cuenta, además, la obra de Roberto Ardigò (*La Ragione*) en la cual la razón es considerada un producto como todos los hechos naturales.

Cabe citar, por ejemplo, *Razón española*, *razón de la historia*, ‹http://adserver.hispavista.com/click.ng/area=hv_galeon.educacion&pos=lateral&site=hv_galeon_lateral&bust=1091576315290›, 3/4/2004.

es pensado produce grandes efectos en el presente, aunque el porvenir, a veces construido a través de la razón, también modifica el sentido del pasado.[4]

La noción de hombre puede ser edificada como la de un *animal racional*. También es posible construir la noción de hombre como *animal con historia* e incluso como *animal histórico*. En relación con palabras de Goethe, cabe decir que la razón es siempre gris si no se integra en el árbol áureo de la vida, que refiere la historia.[5] La historia se construye con *sentido de razón* y la razón se desenvuelve *en la historia*, pero en el complejo vital sus proyecciones pueden ser significativamente diferenciadas y resultar más o menos integradas.

2. A menudo la razón, con *analogías exageradas*, lleva a ignorar las *particularidades históricas*. Con frecuencia la razón conduce así a atribuir sentidos mágicos a la *recepción* de modelos que corresponden a otras situaciones y, en su nuevo ámbito, producen consecuencias muy diversas de las buscadas.[6] A su vez, el abuso de la referencia histórica puede conducir al *aislacionismo* que priva del enriquecedor contacto interhumano.

Como en todas las *vinculaciones* de respuestas jurídicas y vitales, las respuestas de razón e historia pueden relacionarse en términos de coexistencia, dominación, integración y desintegración; a su vez también pueden aislarse.[7] Para reconocer cuál de estas situaciones se presenta, vale saber qué respuesta califica, cómo se establecen los alcances de los problemas, si es admitido el fraude, si puede haber envío a otras respuestas y si una respuesta tiene capacidad para preservar su identidad rechazando el avance de la otra. Por ejemplo: si hay dominación la respuesta dominante califica, establece los alcances de los problemas, impone el fraude y se defiende de él, puede

---

[4] Es posible ver Joan Corominas: *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, con la colaboración de José A. Pascual, Gredos, Madrid, t. III, 1980, p. 370.

En el horizonte de la relación entre razón e historia interesa la vinculación entre conciencia y biología (es posible ver, por ejemplo, String Theory Discussion Forum, *Free Will*..., ‹http://superstringtheory.com/forum/timeboard/messages8/26.html›, 30/7/2004; David Kreiman: "Los dos más grandes desafíos de la ciencia", en *La Nación - Opinión*, ‹http://www.conicet.gov.ar/NOTICIAS/ACTUALIDAD/2004/Julio/nota81.php›, 30/7/2004).

[5] "La teoría, amigo, es siempre gris y verde el árbol áureo de la vida" (Johann Wolfgang Goethe: *Fausto*, trad. José María Valverde, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1995, p. 58).

[6] En cuanto a la recepción del derecho extranjero pueden verse, por ejemplo, nuestros estudios "Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero", en *Revista de Direito Civil*, 8, pp. 73 y ss.; "Originalidad y recepción en el derecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 9, pp. 33 y ss. y *El derecho universal*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001. Pueden citarse además, por ejemplo, A. C. Papachristos: *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique*, LGDJ, París, 1975; Alan Watson: *Legal transplants*, 2ª ed., University of Georgia Press, Athens.

[7] Cabe citar nuestros trabajos *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1976, pp. 59 y ss.; "Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad", en *Bioética*..., cit., nº 3, pp. 83 y ss.

reenviar y excluye la capacidad de rechazo de la respuesta dominada. Es importante si las calificaciones son racionales o históricas; si los alcances de los problemas son establecidos por la razón o por la historia; si puede haber fraude a la razón o la historia, etc.

El abuso de la recepción suele responder a una indebida *dominación* de la razón sobre la historia, de modo que la historia es calificada indebidamente, sus problemas tienen alcances no históricos, se manipula el fraude contra la historia, hay una remisión ahistórica a soluciones extranjeras y la historia carece de fuerza para aislarse de injertos a veces contraproducentes.

1.2. El derecho, la razón y la historia

3.1. En nuestro caso, del derecho de la integración, el estudio del diálogo entre razón e historia debe cumplirse en el marco que brinda la *teoría jurídica*. La capacidad de dar cuenta de ese diálogo es, a nuestro parecer, uno de los grandes títulos que puede esgrimir una teoría del derecho.

En el objeto complejo que propone la *teoría trialista del mundo jurídico*, la relación entre razón e historia se hace claramente configurable. Según la teoría trialista —que es un desarrollo *tridimensionalista* parte de la gran *corriente integrativista*— el objeto de la ciencia jurídica ha de construirse incluyendo repartos de "potencia" e "impotencia" (de lo que favorece o perjudica al ser y específicamente a la vida; dimensión sociológica), captados (descriptos e integrados) por normas (dimensión normológica) y valorados según consideraciones de justicia (dimensión axiológica, principalmente dikelógica).[8] La razón está especialmente presente en la dimensión normológica y la historia se muestra con más nitidez en la dimensión sociológica, pero los dos despliegues están presentes en toda la construcción del objeto jurídico.

3.2. En la *dimensión sociológica*, la razón está más presente en los *repartos*, es decir, en las adjudicaciones que provienen de la conducta de seres humanos determinables, y en la planificación gubernamental. En el análisis del reparto, que incluye a repartidores, recipiendarios, objeto, forma y razones, estas últimas se diferencian según sean móviles, razones alegadas y razones sociales, atribuidas por la comunidad. Las primeras cuatro perspectivas de análisis de los repartos son más históricas que las razones, entre éstas las más cercanas a la razón suelen ser las razones alegadas, pues las razones sociales e incluso los móviles tienen cierto despliegue de historicidad.

---

[8] Es posible ver Werner Goldschmidt: *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; Miguel Ángel Ciuro Caldani: *Derecho y política*, Depalma, Buenos Aires, 1976; *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1982-1984; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

La historia aparece más en las *distribuciones*, es decir, en las adjudicaciones que provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, especialmente en las que surgen de las influencias humanas difusas de la vida económica, política, religiosa, científica, artística, etc. De cierto modo, la a menudo difícil relación entre razón e historia está presente también en la vinculación entre ley y costumbre.

En cuanto a las vicisitudes del régimen, la razón tiende a ser más *"revolucionaria"* y la historia a ser más *evolutiva*. No es por azar que la más racional Francia ha tenido más revoluciones que la "histórica" Inglaterra. Algunos entienden que la razón es más "innovadora" y la historia más "conservadora".

Los *límites voluntarios* que los repartidores ponen a sus repartos son más cercanos a la razón; los *límites necesarios*, que impone la "naturaleza de las cosas" (físicos, psíquicos, sociopolíticos, socioeconómicos, etc.), están más próximos a la historia. En relación con los límites necesarios, la "constitución material" formada por los factores de poder es un importante despliegue histórico que limita las posibilidades, cuya existencia ha de tener en cuenta la constitución formal.[9] Ésta es, en cambio, un frecuente enclave de la razón. Importa evitar, en todo caso, los desvíos a los que puede llevar la excesiva atención a la constitución material o la constitución formal.

3.3. En la *dimensión normológica*, la *norma*, construida como captación lógica "neutral" de un reparto proyectado, es referida a la realidad a través de la *fidelidad*, que se logra cuando expresa con acierto el contenido de la voluntad de sus autores (repartidores); la *exactitud*, que se obtiene cuando el contenido de la voluntad de los autores se cumple; la *eficiencia*, que se realiza en la medida en que la norma cambia el mundo real, y la *adecuación*, que se consigue cuando los conceptos empleados responden a los fines de los repartidores.[10] La fidelidad, la adecuación y la eficiencia son grandes líneas de contacto de la razón normativa con la historicidad de los repartos. La adecuación tiene más afinidad con la razón.

Los problemas del *ámbito temporal* activo y pasivo de las normas (cuándo rigen y cuándo deben ocurrir los casos) vuelven a presentar de cierto modo el diálogo entre razón e historia.

---

[9] Puede verse Fernando Lassalle: *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1957.

[10] La norma es exacta cuando se cumple la voluntad de los repartidores en los casos que se presenten, pero la eficiencia implica que haya casos y que se resuelvan como lo quiere esa voluntad (la *eficiencia* es la capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado [Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, ‹http://www.rae.es/›, 3/8/2004]); en un sentido relativamente afín, es posible citar Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 21ª ed., Madrid, t. I, p. 792 —virtud y facultad para lograr un efecto determinado—; María Moliner indica en el *Diccionario de uso del español* que *eficiencia* se aplica a lo que realiza cumplidamente la función a que está destinado (Gredos, Madrid, t. I, 1991, p. 1056).

La *estructura* de la norma, dotada de un *antecedente,* que capta el sector social a reglamentar, y una *consecuencia jurídica*, que capta la reglamentación,[11] es un importante aporte de razón para la mejor comprensión de disposiciones y problemas que aparecen en cierto "desorden" histórico.

En cuanto a las *clases* de normas, las individuales, referidas a sectores sociales pasados descriptos (v. gr., lo son habitualmente las sentencias) resultan más afines a la historia, en tanto las generales, dirigidas a sectores sociales futuros y supuestos (por ej., suelen serlo las leyes) tienen más relación con la razón.

Las *fuentes reales* de las normas son en general los repartos, pero se presentan en un nivel más histórico en las fuentes *materiales*, y en otro más próximo a la razón en las fuentes *formales* (autobiografías de los repartos hechas por los propios repartidores, es decir, constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, etc.).[12] Las fuentes formales "de propaganda", que se dictan con miras a convencer para que alguna vez se las cumpla, y las fuentes formales "espectáculo", que no se piensa cumplir, son expresiones de avances legítimos o ilegítimos de la razón sobre la historia. Las *fuentes de conocimiento*, constitutivas de la doctrina, suelen aportar un relevante ingrediente de razón.

En el *funcionamiento* de las normas, necesario para que los repartos proyectados que se captan se conviertan en repartos realizados, la razón crece, por ejemplo, en el empleo del elemento sistemático de la interpretación, en la producción de carencias axiológicas (deben ser dikelógicas) y en la autointegración del ordenamiento normativo, en tanto la historia se hace presente en el elemento histórico de la interpretación, en las carencias históricas y en la heterointegración, sobre todo cuando se recurre a la costumbre.[13] Las normas indeterminadas (que requieren determinación) suelen contribuir a la composición entre razón e historia. En la elaboración de las normas, los datos reales, históricos e ideales están más próximos a la historia, en tanto el dato racional y la técnica corresponden más a la razón.[14]

Las relaciones entre normas y repartos y entre razón e historia se producen en mucho a través de *materializaciones* en las cuales los conceptos integran sentidos especiales a la realidad. Cuando los conceptos de legislador, juez, profesor, alumno, matrimonio, contrato, etc. "rotulan" a la realidad, le van incorporando sentidos en relación con los cuales tiende luego a desenvolverse la vida. Una de las vinculaciones

---

[11] El antecedente y la consecuencia poseen características positivas que deben estar presentes y características negativas que han de estar ausentes para que la norma funcione.

[12] En la jerarquía de las fuentes, la sucesión de fuentes internacionales y de integración genera importantes cuestiones de reconocimiento e interpretación con miras a resolver si hay complementación o derogación.

[13] El funcionamiento de las normas comprende tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Además del funcionamiento real existe el funcionamiento conjetural, con base en el cual se adoptan múltiples decisiones vitales.

[14] Es posible citar F. Gény: *Science et technique en droit privé positif*, Sirey.

mayores entre idea y realización temporal se produce en la *institución*. Las materializaciones suelen ser campo propicio para la falsificación con que la razón se aparta de la historia.

En la dinámica de las normas cabe señalar fenómenos de *"plusmodelación"* y *"minusmodelación"*, en lo fáctico y lo conceptual. El aumento de lo conceptual y la disminución de lo fáctico significan más despliegue de la razón; el aumento de lo fáctico y la disminución de lo conceptual significan más despliegue de la historia. La integración entre razón e historia se produce más acabadamente cuando la plusmodelación y la minusmodelación suceden en lo fáctico y lo conceptual.[15]

Uno de los enclaves más fuertes de la racionalidad de las normas está en el *ordenamiento* normativo. La razón adquiere especial desarrollo cuando el ordenamiento es un *sistema*.

3.4. En la *dimensión axiológica*, el pensamiento de la *justicia* suele desarrollarse mediante la confluencia de *sentimientos*, más próximos a la historia, y *razones*. El trialismo presenta una "lógica" de la justicia ampliamente desarrollada, más cercana a la razón (axiología dikelógica) y despliegues de contenido de la justicia, que están más próximos a la historia (axiosofía dikelógica). Dado que la justicia valora repartos y normas positivos, su despliegue histórico, referido a las circunstancias, está asegurado.

La *valencia* del valor, su "deber ser puro", es más afín a la razón, en tanto la *valoración*, su proyección al material estimativo, generadora de su "deber ser aplicado", está más cercana a la historia. La *orientación* mediante criterios generales orientadores se ubica en un lugar relativamente intermedio entre razón e historia.

En general la justicia es pensada con *"pantonomía"* (*pan* = todo, *nomos* = ley que gobierna), de modo que abarca la totalidad de las adjudicaciones razonadas pasadas, presentes y futuras que nos es imperioso "fraccionar" porque no podemos saber ni hacer todo. En la referencia a adjudicaciones razonadas y en la amplia pero no excesiva consideración temporal se advierte nuevamente el diálogo entre razón e historia. La vivencia de equilibrio en el fraccionamiento de la justicia y de integración entre razón e historia genera conciencia de seguridad.

Sobre las bases de las enseñanzas aristotélicas acerca de las *clases* de justicia, el desenvolvimiento del trialismo ha logrado una muy rica clasificación de estos modos de pensar el valor, entre los que aquí cabe mencionar la justicia *general* (dirigida al bien común) y la justicia *particular*, cuyas exigencias individualizan al fin respectivamente al derecho público y el derecho privado, y la justicia "de partida" y la justicia "de llegada".[16] Quizás el derecho público sea más histórico que el derecho priva-

---

[15] Cabe citar nuestros *Aportes para una teoría*..., o. cit., pp. 51 y ss.

[16] Es posible ver nuestro artículo "Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)", en *El Derecho*, t. 123, pp. 715 y ss.

do, al menos como en lo patrimonial lo concibe la cultura occidental en general romanista.[17] La justicia de partida es más afín a la historia; la de llegada suele abrir más camino a la razón.

El trialismo propone un *principio supremo* de justicia que exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, es decir, para que se convierta en persona. En estos términos, para ser justo el régimen ha de ser *humanista*, es decir, debe tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. Para ser humanista el régimen debe *proteger* al individuo contra todas las amenazas, sea que, en nuestro caso, provengan de la razón o de la historia. Además, la razón puede resguardar contra la historia y la historia puede amparar respecto de la razón.

3.5. Es notorio que hay *ramas*, *épocas* y *sistemas* (familias jurídicas) del derecho más racionales o históricos.[18] Uno de los grandes pilares de la "razón" suele ser el derecho de las obligaciones; el derecho constitucional puede tener más sentidos históricos. La Edad Moderna es en gran medida la Edad de la Razón; la Edad Contemporánea es más histórica. El derecho occidental es, al menos desde nuestro punto de vista, mucho más racional que el del Extremo Oriente o el del África Negra.

1.3. Los casos de la Unión Europea y el Mercosur

4. Algunos países (y algunos hombres) saben producir, en general no sin obstáculos y con un a menudo muy difícil proceso de aprendizaje, la *integración* entre razón e historia (y entre razón y biografía). Otros quedan prisioneros de la razón o la historia desarticuladas. A nuestro parecer, sin incurrir en radicalizaciones que simplifiquen en demasía los enfoques, los dos extremos, de la integración y la desintegración de la razón y la historia, se evidencian hoy respectivamente en la *Unión Europea*[19] y el *Mercosur*.[20]

---

[17] Sin embargo, pueden verse nuestras *Lecciones de filosofía del derecho privado (historia)*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2003.

[18] Puede verse nuestro estudio "Meditaciones sobre la razón en el derecho", en Faralli-Pattaro: o. cit., t. III, 1088, pp. 237 y ss.

[19] En cuanto a la Unión Europea, pueden verse por ejemplo Carlos Francisco Molina del Pozo: *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, 4ª ed., Dijusa, Madrid, 2002; *Europa*, ‹http://europa.eu.int/index_es.htm›, 24/7/2004; Comisión Europea, ‹http://europa.eu.int/comm/index_es.htm›, 24/7/2004; *La Unión Europea*, ‹http://www.geocities.com/iberoweb/europa_menu.htm›, 5/8/2004; *Consejo de la Unión Europea*, ‹http://ue.eu.int/cms3_fo/showPage.ASP?lang=es›, 5/8/2004; Unión Europea, *Recopilación de los Tratados*, ‹http://europa.eu.int/abc/obj/treaties/es/estoc.htm›, 5/8/2004; *Eur-Lex*, ‹http://europa.eu.int/eur-lex/›, 5/8/2004; Bienvenido a IDEA, ‹http://158.169.50.70/idea/es/index.htm›, 5/8/2004; *Consejo General de la Abogacía Española*, ‹http://www.avogacia.org/documentos/hemeroteca/EB/2004/EB18.html#DIRECCIONES›, 5/8/2004 ; *Información y Documentación Comunitaria*, ‹http://www.uv.es/cde/TEXTOS/TORRENT.htm›, 5/8/2004.

[20] Acerca del Mercosur es posible ver, por ejemplo, Roberto Ruiz Díaz Labrano: *Mercosur. Integración y derecho*, Intercontinental-Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998; Mario A. R. Midón:

Estimamos que, pese a sus dificultades, la Unión Europea es un resultado más consciente de la historia del Viejo Continente y de la razón que la capta. Parece que, no sin grandes tropiezos, Europa *ha aprendido* a esperar y valorar la historia. Consideramos que, en cambio, el Mercosur, que es una de las mayores esperanzas para la realización de nuestra región, está amenazado por la muy *limitada conciencia histórica* con que se pretende construirlo y, sobre todo, por la grave combinación de improvisación y desesperanza que a veces destruye las grandes realizaciones jurídicas y políticas en general. Nuestro proceso integrador del Sur posee muy limitada referencia real a su situación histórica y a las dificultades que ha de aprender a superar.

Los pueblos que se consideran atrasados en la historia, como los nuestros, se ilusionan a menudo con salvar ese atraso a través de recursos excesivos a la razón, que con frecuencia no hacen sino acentuar su imposibilidad de alcanzar los objetivos en definitiva deseados. El salto "fuera" de la referencia histórica suele ser una desviación de difícil retorno. Es cierto que hay pueblos (y hombres) cuya "autenticidad" parece consistir en ser "inauténticos", pero el abandono de la propia realidad veda el camino a toda construcción sólida.

El relativo respeto consciente a la historia o el apego a una razón a veces "saltada" de la historia son características en general diversificadoras del proceso de la Unión Europea y el Mercosur. En gran medida, el proceso del Sur ha resultado débil por la vocación receptora no fundada que tienen algunos países de la zona (como la Argentina) y el propio trámite regional. Se suele creer que haciendo algunas cosas como los otros se obtienen análogos resultados.

Compartimos con Roberto Ruiz Díaz Labrano que "Ningún estudio que pretenda explicar el fenómeno de la integración y adentrarse en el ámbito jurídico puede abstraerse del contexto histórico, político y económico en el cual hacen aparición o se consolidan nuevos conceptos de relevancia jurídica".[21] El grave problema es que parece que de modo reiterado al decidir en la construcción del Mercosur esa conciencia ha sido, en el mejor de los casos, muy débil.

Derecho de la integración, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998; Adriana Dreyzin de Klor: *El Mercosur*, Zavalía, Buenos Aires, 1997; Miguel Ángel Ciuro Caldani: *El derecho internacional privado ante los procesos de integración*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998; "Aportes filosóficos para la elaboración de normas del Mercosur", en *Investigación y Docencia*, nº 22, pp. 9 y ss.; Ada Lattuca y Miguel Á. Ciuro Caldani (coord.), *Economía globalizada y Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998; Manuel Pérez González y otros: *Desafíos del Mercosur*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997; Ofelia Stahringer de Caramuti (coord.): *El Mercosur en el siglo XXI*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998; Mercosur, ‹http://www.mercosur.org.uy/›, 24/7/2004.

[21] Ruiz Díaz Labrano: o. cit., p. 53.

2. La Unión Europea

2.1. La Unión Europea como modelo en general

5. Las sabias palabras de la Declaración del 9 de Mayo de 1950 decían: "Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho".[22] No se desconocían ni ocultaban los grandes ideales: "La puesta en común de las producciones de carbón y de acero garantizará inmediatamente la creación de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas". Se tomaba, sí, en cuenta que el tiempo suele vengarse de lo que se hace sin tomarlo en consideración, sea como pasado, como presente o como esfuerzo de porvenir.[23] El empeño de más de cincuenta años, difícil pero exitoso, muestra el logro de la integración de la historia con la razón que la culmina.

Mucho se ha discutido y se puede discutir acerca de los *motores* y los *móviles* de los sucesos que fueron conduciendo a la formación de la Unión, que en estos días se está dando, mediante un tratado, una constitución formal. Algunas posiciones jerarquizan más el aspecto *histórico político* y otras el *económico*; unas posturas subrayan la conciencia de los fundadores, otras hablan de acontecimientos que fueron más allá de sus propósitos. En el propio proceso fundacional, parece que Jean Monnet tenía un sentido de más referencia a la cultura anglosajona que el que a nuestro parecer afortunadamente ha prevalecido en la Unión actual. Según nuestro criterio, se trata de un rico proceso histórico en el que había importantes bases económicas e institucionales que confluyeron por la luminosa conciencia de los fundadores y el acierto de muchos continuadores.

Compartimos las palabras de Carlos F. Molina del Pozo cuando, desde el prólogo de la primera edición de su *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, de 1987, dice: "Las Comunidades Europeas nacieron como medio para pacificar una Europa que había sido escenario y protagonista de dos guerras mundiales, y en su origen, al lado de los componentes económicos, subyacía un proyecto político de enorme envergadura. Los imperativos de los problemas cotidianos, la crisis que golpeó las economías occidentales a comienzos de los setenta y tantos otros motivos hicieron que la evolución de las Comunidades se produjera más en el campo de lo económico (la famosa 'Europa de los mercaderes') que en lo político. Sin embargo,

---

[22] Robert Schuman: "Declaración de 9 de Mayo de 1950", *Europa*, ‹http://europa.eu.int/abc/symbols/9-may/decl_es.htm›, 24/7/2004.

[23] Puede verse Colegio de Abogados de Pichincha: *Decálogos deontológicos del abogado* (sobre todo el de Eduardo J. Couture, en especial el mandamiento VII), ‹http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Colegio.8.htm›, 15/8/2004.

las más recientes iniciativas promovidas por los Estados más comprometidos en la construcción europea (Tratado de Unión Política, Acta Única, Libro Blanco del Mercado Interior…) apuntan hacia nuevas metas en que la unidad de los pueblos de Europa no parece tan inalcanzable como en épocas pasadas".[24]

6. Mucho se debate sobre los orígenes de la actual Europa. Algunos pretenden que el fenómeno presente es un producto nacido en los años cincuenta del siglo recién concluido; otros piensan que sus comienzos se remontan a épocas muy anteriores, por ejemplo, a la Edad Media. Creemos que las construcciones temporales no deben ocultar la múltiple posibilidad de perspectivas: la Europa actual es inevitablemente *heredera* de un proceso inmemorial, pero tiene *características propias*. La actual comunitarización es, a nuestro parecer, una *consecuencia específica* del *curso histórico europeo*.

La Unión Europea resulta, en gran medida, hija al fin del *aprovechamiento de las oportunidades* de la temporalidad; producto específico de una inmemorial experiencia histórica. Suele afirmarse que en Europa se optó por una estrategia funcionalista, con gradualidad de realizaciones concretas, dejando relativamente de lado la posición directamente constitucionalista.[25]

7. No negamos la especificidad de la integración respecto de los otros acercamientos entre los pueblos, a menudo producidos por vía militar, pero señalamos que la integración de Europa sólo es posible en el ámbito de la *historia de Europa y de Occidente*, de una historia muy antigua, pero también cargada de relevantes sucesos producidos en el proceso integrador.[26] La unión de Europa, que parece estar afortunadamente encaminada a realizar la esperanza que Víctor Hugo llamó "Estados Unidos de Europa", es resultado del complejo, diverso y único, que constituye la cultura europea; de cierto modo, de la cultura occidental.

Europa no es consecuencia de una construcción racional; surge de un doloroso "parto" de la historia. El legado común griego, romano, judeocristiano y germánico, complejo y a menudo conflictivo, y la vocación por el desenvolvimiento económico, científico y tecnológico, generaron innumerables y prolongados conflictos, pero han ido desembocando en una situación de equilibrio pacífico indispensable para la integración.

---

[24] Molina del Pozo: o. cit., pp. 26-27.

[25] Jean-Victor Louis: *L'ordre juridique communautaire*, 5ª ed., Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1990, p. 7.

[26] Pueden verse nuestros estudios "Bases culturales de la ampliación de la Unión Europea y de la relación de la Unión Europea con América Latina", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, nº 27, pp. 101-112; "Bases culturales de la relación de la Unión Europea en el mundo actual, con especial referencia al Mercosur", en *Derecho de la Integración*, nº 14, pp. 23-33.

Compartimos que la unidad se dibuja hace muchos siglos en el continente europeo (es posible ver "Discurso sobre Europa del Ministro de Asuntos Exteriores (Marsella, 2 de diciembre de 2002)", ‹http://europa.eu.int/futurum/documents/speech/sp021202_es.pdf›, 1/8/2004).

8. La formación del *Estado moderno* luego Estado nacional, iniciada principalmente en una alianza de la burguesía con los reyes y expresada en sentido político en ideas de Maquiavelo, Hobbes y Bodin y económicamente en el pensamiento de Colbert, fue complementada casi al mismo tiempo con los comienzos de la comunidad internacional reflejada en ideas de Vitoria, Suárez y Grocio. Luego la burguesía comenzó a acosar a la monarquía que se le tornaba inútil, como lo muestran las revoluciones burguesas, las ideas políticas de Locke, Montesquieu y Rousseau y las ideas económicas de Quesnay y Smith.

La protección del propietario reclamada por Locke se convirtió en la libertad para el productor deseada por Saint-Simon. Uno de los fenómenos más significativos de la evolución europea es la posibilidad de la conversión amplia de la riqueza en capital. El desarrollo económico europeo se viabilizó a través de la Revolución Agrícola y la Revolución Industrial, en las que se destacan nombres como los de Bakewell, Coke, Kay, Watt, Fulton y Stevenson. En la "izquierda sansimoniana" vale tener en cuenta las posiciones de los productores oprimidos defendidas por Proudhon y Marx. En relación con la nacionalización del Estado moderno, cabe mencionar las ideas de Fichte.

9. Como hemos señalado, no sería acertado ignorar los conflictos de la historia europea e incluso los *tropiezos* y las *torpezas* que precedieron y también acompañaron a la formación de la actual Europa. Es inevitable recordar las guerras repetidas y crecientemente encarnizadas, producto en parte de la vitalidad del continente, y las torpezas con que se encaró la solución de la Primera Guerra Mundial e incluso la preparación del fin de la Segunda Guerra Mundial. Cabe tener presente el fracaso de los propósitos de convivencia europea de la década de los años veinte del siglo recién concluido, que se encaminaban a la confederación.

Como señala Carlos F. Molina del Pozo, faltó a las potencias europeas vencedoras en la Primera Guerra visión de conjunto, concepción de un mejor futuro y, sobre todo, comprensión para con los países vencidos.[27] Al fin, el Viejo Continente cumplió la segunda parte de la premonición de Philippe Lamour: había que hacer Europa, y si no, hacer la guerra. Hizo la guerra, luego ha aprendido y está aprendiendo a hacer Europa.

Es más: entre el 16 de junio de 1940, cuando Jean Monnet propuso al gabinete de Winston Churchill la unión orgánica entre Francia y Gran Bretaña, con una ciudadanía y un ejecutivo común, y el 9 de mayo de 1950 transcurrieron casi diez terribles años. A diferencia de la Sociedad de las Naciones, que perseguía principalmente la paz, las Na-

---

[27] Molina del Pozo, o. cit., p. 55. No hay que desconocer en cambio, por ejemplo, la magnífica defensa de soluciones más razonables, tendientes al respeto de todas las naciones, vencedoras y vencidas, que sostuvo el presidente argentino Hipólito Yrigoyen. En 1920, según decisión del presidente Yrigoyen, la Argentina se alejó de la Liga de las Naciones anunciando la inviabilidad de un organismo internacional que no estaba inspirado en el bien común de todas las naciones y todos los pueblos de la tierra.

ciones Unidas procuraron también el respeto a los derechos humanos, pero las dos construcciones fueron resultando diversamente frustradas. En febrero de 1946 el célebre discurso de Winston Churchill en Suiza, sin abandonar el aislacionismo general de su país, vitalizó la conciencia de la necesidad de integración continental. En 1950, con una Tercera Guerra Mundial "fría", que dividía a Europa, la amenaza de un nuevo enfrentamiento armado no resultaba nada inimaginable, pero la conciencia regional había alcanzado el punto de comenzar las grandes realizaciones concretas. Hombres como Schuman, Adenauer y De Gasperi asumían el "espíritu del tiempo".

Aunque a veces se discute el papel que deben jugar los dos grandes países en la integración, parece claro que el encuentro de 1958 en que De Gaulle y Adenauer encauzaron el entendimiento de sus Estados y el Tratado de Cooperación Franco-Alemana (Tratado del Elíseo) de 1963 fueron importantes pilares fácticos en la historia de la Unión Europea.[28] No hay que olvidar la relevante decisión de la gente que retornó de los campos de batalla de la Segunda Guerra Mundial y dijo un "nunca más" que estuvo dispuesta a cumplir.[29] Suele afirmarse que Europa es una cuestión de *convicción* y ésta tiene mucho que ver con la razón en la historia.[30]

Al mencionar los *obstáculos* en la formación de Europa, no sería legítimo ignorar además, por ejemplo, las dificultades de los tiempos de la "silla vacía" de Francia y los famosos momentos críticos de los años sesenta y setenta. Tampoco los "llamados a la realidad" que hacen a veces las votaciones populares y parlamentarias no satisfactorias para el avance de la integración. No será fácil convencer a Gran Bretaña, que no tiene para sí constitución escrita, de que ha de poseerla para Europa, sea cual sea la amplitud de posibilidades que deje la obra que se está concretando con aspiración continental.

10. La aparición de un órgano de profundo sentido práctico intergubernamental, pero de dudosa base normativa, como el *Consejo Europeo*, es una de las muestras del deseo europeo de dar *respuestas "pragmáticas"* a los problemas de la integración. También lo es la *integración diferenciada* según la diversidad de vocación integradora de los países.

---

[28] Puede verse, por ejemplo, Ministère des Affaires étrangères, Prensa y Comunicación: "Discurso del Excmo. Sr. Philippe Faure, Embajador de Francia en México, con motivo de la conmemoración del 40 Aniversario del Tratado del Elíseo de Cooperación Franco-Alemana, Palacio de Bellas Artes, Ciudad de México, 22 de enero de 2003", ‹http://www.francia.org.mx/embajada/prensa/emb/faure_bellasartes-220103.html›, 1/8/2004; Ministère des Affaires étrangères: "Declaraciones de política exterior", ‹http://www.diplomatie.gouv.fr/actu/bulletin.es.asp?liste=20021213.es.html&submit.x=8&submit.y=6›, 1/8/2004; Christine Bierre: "Francia y Alemania deben convertirse en una fuente de bien", Instituto Schiller, ‹http://www.schillerinstitute.org/newspanish/Noticias/Internacionales/FranAlemFteBien.html›, 1/8/2004.

[29] Cabe citar, por ejemplo, "Mis convicciones sobre Europa", transcripción del discurso pronunciado por el primer ministro Jean-Claude Juncker en la Maison du Grand-Duché du Louxembour en Bruselas, el martes 15 de mayo de 2001, ‹http://europa.eu.int/futurum/documents/other/oth150501_es.pdf›, 1/8/2004.

[30] Ibídem.

La estructuración en *tres pilares* del Tratado de la Unión Europea, uno constitutivo de la Comunidad, otro de política exterior y de seguridad común y un tercero de cooperación en los asuntos de justicia y de interior, evidencia que, por sobre la coherencia, se ha preferido la respuesta a las posibilidades brindadas por las circunstancias.

La seriedad de la construcción del *Tribunal de las Comunidades*, gran promotor de la integración, permitió el óptimo aprovechamiento de las posibilidades de los países componentes del proceso integrador. Europa ha sabido recorrer el camino desde el *mercado* hacia la *ciudadanía*.[31]

Parece que, poco a poco, el Viejo Continente ha ido aprendiendo a ser más sabio que el conjunto del mundo, que ha producido los fracasos de la Sociedad de las Naciones e incluso, en cierta medida, de las Naciones Unidas. Creemos que el acervo histórico europeo lo facilitaba. Europa ha ido aprendiendo a realizar la unidad en la diversidad; creemos que ha de llegar a la diversidad en la unidad.

2.2. Despliegue trialista de las relaciones entre razón e historia en la Unión Europea

11.1. Las relaciones entre razón e historia contenidas en la teoría trialista del mundo jurídico permiten reconocer que, pese a muchas dificultades, Europa ha ido adquiriendo una conciencia histórica y ha ido logrando una satisfactoria relación entre estos dos despliegues.

11.2. En la *dimensión sociológica*, la vocación conductora europea no ha desconocido las proyecciones históricas de las influencias humanas difusas del curso de la economía, la religión, la ciencia, el arte, etc. A favor del proceso integrador viene funcionando también la relativa continuidad geográfica de los países integrados. Parece interesante destacar, en relación con la difícil opción por la reciente ampliación, que se ha hecho una expansión muy respetuosa de afinidades profundas.

Europa adoptó el camino afín a la razón de planificar su realización, pero construyendo lo más posible ejemplaridades que la inscribían en la historia; tomó el sendero más histórico de la evolución prefiriéndolo al más racional de la revolución. Pese a que no siempre se evidencia una razonabilidad social cabal, hay un sentido de ejemplaridad suficiente para la construcción de una nueva unidad económica y política.

Aunque algunas veces el proceso ha tropezado con límites, en general se ha mostrado capaz de no atropellarlos. Europa tiene una constitución material que ha sido progresivamente adaptada a la voluntad de la integración.

11.3. En la *dimensión normológica*, las normas europeas realizan altos grados de exactitud y de eficiencia, con lo que se manifiesta una importante vinculación entre razón e historia. Las normas de integración europeas tienen un amplio campo

[31] Puede verse Curia: ‹http://curia.eu.int/es/index.htm›, 5/8/2004; Luigi Moccia: “Du ‘marché’ a la ‘citoyennete’: à la recherche d’un droit privé européen durable et de sa base juridique”, en *Revue Internationalde de Droit Comparé*, año 56, nº 2, pp. 293 y ss.

de aplicación. Se han logrado conceptos adecuados, de modo que se evitó caer en la trampa de pretender poner vino nuevo en odres viejos, de forzar la realidad para que responda a conceptos del pasado, que incluso pueden corromperla.[32]

En cuanto a la lógica de la estructura de las normas, podría entenderse que las del proceso integrador europeo han llevado una consecuencia jurídica implícita de promover la integración y excluir lo que la perjudicara. En el terreno de las fuentes formales, se puso cuidado en atender a las nuevas necesidades, por ejemplo, a través de las clase de las directivas que mediante su indeterminación ha tenido una importante función de equilibrio entre razón e historia.

En el funcionamiento de las normas, el proceso integrador comunitario tomó clara conciencia de la existencia de una gran carencia histórica, pero no se pretendió llenarla caprichosamente, sino atendiendo a las posibilidades de las circunstancias. La integración de ciencia y técnica ha resultado satisfactoria. La plusmodelación fáctica en el avance de la integración tiene un ejemplo en lo referido a la condición de las personas. La construcción europea, en lo que hace a ellas, viene independizándose de la causa economicista, ligada a la consecución de un mercado en términos estrictos, para referirse más a la simple condición humana.[33] La analogía extiende libertades de las personas activas a personas no activas.

Los países de la Unión eran ya fuertemente capaces de lograr materializaciones adecuadas y relevantes realizaciones institucionales; lo propio ha sucedido con el proceso comunitario.

Progresivamente, el proceso integrador va asumiendo carriles sistemáticos, que impulsan la razón comunitaria. Ha llegado a afirmarse que a "lo largo de la historia de las Comunidades, el Tribunal de Justicia ha contribuido decisivamente a la actual conformación del derecho comunitario y es opinión unánime en la doctrina el reconocimiento del papel decisivo que ha jugado en la construcción de Europa".[34]

11.4. En la *dimensión axiológica*, cabe destacar que la integración de razón e historia en Europa llega a expresarse en un denominador común de los cambios, el euro.[35] La búsqueda de integración entre justicia y utilidad, el equilibrio entre las clases de justicia general y particular (es decir, entre los requerimientos más específicos del derecho público y el derecho privado) y de partida y de llegada, y la atención a una adecuada relación entre pasado, presente y porvenir generadora de un clima relativamente generalizado de seguridad, son otras muestras de integración europea entre razón e historia.

---

[32] En cuanto a la relación entre conceptos y realidad, cabe recordar el célebre trabajo de Rofolfo von Ihering: "Jurisprudencia en broma y en serio", trad. Román Riaza, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.

[33] Molina del Pozo: o. cit., p. 746.

[34] Ibídem, pp. 358-359.

[35] Es posible ver European Central Bank, ‹http://www.ecb.int/home/html/index.en.html›, 5/8/2004.

La marcha del proceso ha sabido superar la Europa de los mercaderes incorporando, con sentido realista, la Europa de los ciudadanos. El hombre europeo parece suficientemente protegido de los desbordes de la razón y de la historia.

11.5. El proceso comunitario fue buscando equilibrios entre las *ramas jurídicas* en que se apoyó, por ejemplo, brindando atención dominante, en el campo publicista, primero al derecho administrativo y hoy al derecho constitucional y, en el ámbito privatista, al derecho de los contratos, o considerando la relevancia del derecho procesal.

En cuanto al derecho de los contratos, por la vía conflictualista, cabe mencionar el Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, aunque se buscan caminos de armonización y unificación material y la obra procesal relacionada con la integración europea tiene un pilar histórico en el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.[36]

3. El Mercosur

3.1. El Mercosur como modelo en general

12. La América Latina, más específicamente la *América Ibérica*, en la que se desenvuelve el Mercosur, es una unidad como lo son en mucho los países peninsulares que en gran medida la engendraron, a menudo enfrentados pero con frecuencia muy semejantes. Una importante continuidad geográfica, sobre todo si se considera la Cuenca del Plata; los antecedentes comunes indígenas a través de la familia lingüística tupí guaraní; la afinidad idiomática y religiosa; una historia de relaciones de paz y guerra muy intensa y una significativa *necesidad* de apoyo recíproco, son factores comunes que contribuyen a construir la unidad básica mercosureña. No obstante, también cabe considerar que, pese a diversos rasgos de unidad, a diferencia de Lusoamérica, la región hispanoamericana no tuvo la fuerza para mantener su cohesión. En apariencia, la integración del Mercosur debería ser más fácil que la de Europa, pero la *inconsistencia* de varios Estados y varias economías de la zona y la falta de adecuada *conciencia histórica* la dificultan.[37]

La conciencia histórica de América Latina, a menudo declamada, parece ser muy limitada, sobre todo en países como la Argentina.[38] Quizás uno de los factores

---

[36] Rome-convention.org, ‹http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_es.htm›, 5/8/2004.

[37] La *consistencia* es duración, estabilidad, solidez; trabazón, coherencia entre las partículas de una masa o los elementos de un conjunto (Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, ‹http://www.rae.es/›, 5/8/2004.

[38] Sin desconocer que en los momentos de mayor esplendor la filosofía del derecho argentina produjo pensadores con gran sentido de la realidad, como Carlos Cossio y Werner Goldschmidt, tal vez no sea irrelevante para nuestro tema que Buenos Aires es uno de los grandes referentes de la

de la dificultad latinoamericana para asumir la propia historia sea el papel de los países metropolitanos ibéricos, sobre todo de España, que se apartaron del curso vital que se desarrollaba del otro lado de los Pirineos y desarrollaron al fin una fuerte referencia económica e incluso cultural de conflictiva dependencia respecto de los países que se fueron haciendo "centrales". Uno de los grandes problemas de América Latina y sus metrópolis es, a menudo, el deseo alimentado por la razón de ser lo que no se es. La incorporación de España y Portugal a las Comunidades en 1985, más fácilmente resuelta para el primero que para la segunda, marcó no obstante, al fin, un considerable avance en la sincronización de los países ibéricos al tiempo de la Europa "transpirenaica".

13. Las características históricas de *España* y *Portugal* no son del todo semejantes. Vale recordar que el propio nombre de Castilla (vinculado a la guerra) y el de Portugal (de referencia portuaria) tienen sentidos claramente diferentes. Castilla fue dominada durante mucho tiempo por la presencia de la Mesta, que contribuyó a atarla a una economía ganadera y por la concepción bullionista que hizo creer que la riqueza de los Estados depende de la posesión de metales preciosos. Así, pese al enorme poderío español, se desenvolvió una economía de cierto modo parasitaria e inflacionaria cuyas características pasaron a las colonias. La riqueza estuvo lejos de convertirse en capital. El esfuerzo modernizador de Pombal en Portugal tuvo más reconocimiento que el de los ministros de Carlos III en España.[39]

Las relaciones entre España y Portugal en la Península Ibérica y en América han sido a menudo conflictivas. También lo fueron las vinculaciones de los espacios independientes que les sucedieron. Portugal y Brasil fueron de modo considerable factores de desintegración del espacio hispánico. La Guerra de la Triple Alianza marca un momento culminante del desgarramiento de la región mercosureña cuyos efectos todavía hoy hay que superar.

Pese a lo expuesto, uno de los factores más graves de la "ahistoricidad" de nuestra región ha sido el "renegar" de la herencia ibérica, tratando de taparla con múltiples recepciones ahistóricas, en una actitud de sujeción cultural que los países admirados jamás tendrían.

14. La integración latinoamericana es un ideal de vieja data, pero los esfuerzos de la ALALC y de la ALADI han estado lejos de obtener los resultados apetecidos.[40]

La hipótesis de conflicto bélico caracterizó durante largo tiempo las relaciones argentino-brasileñas. Sin embargo, en 1985 los presidentes de la Argentina y Brasil,

---

filosofía analítica, caracterizada por su vocación hacia lo abstracto. En Brasil, en cambio, las referencias concretas son más frecuentes, sean v. gr. en la obra de Miguel Reale o en las del pensamiento crítico.

[39] Es posible ver nuestro artículo "El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur", en *Derecho de la Integración*, nº 4, pp. 113 y ss.

[40] ALADI, ‹http://www.aladi.org/›, 2/8/2004.

Raúl Afonsín y José Sarney, suscribieron la *Declaración de Iguazú* en la que expresaron la intención de profundizar las relaciones bilaterales en su conjunto, girando así el curso de la historia de conflictos hacia una historia de entendimientos.[41] Los años siguientes fueron también tiempos de afirmación de la voluntad integradora de los dos países, a la que se sumaron Uruguay y Paraguay, y en 1991 se llega, con un criterio más economicista, al Tratado de Asunción, base del Mercosur.

La estructura institucional del Mercosur, plasmada en definitiva en el Protocolo de Ouro Preto, en comparación con la europea está mucho menos orientada a la judicialidad y a la intervención parlamentaria. Sin embargo, el obstáculo mayor está a nuestro parecer en las bases mismas de la integración. No siempre existen Estados en el sentido moderno; las realizaciones económicas son relativamente débiles y el tejido social común es muy difícil de construir, en mucho porque es claudicante en el interior mismo de algunos de los Estados.

La debilidad de las instituciones estatales y de la economía en diversos espacios de la región no tardó en hacerse notar. Si bien el compromiso democrático mercosureño tuvo importante papel en la estabilidad de esta forma de gobierno en alguno de los países comprometidos en la integración, la debilidad económica e institucional se hizo notar de modo muy señalado en la crisis argentina declarada en el año 2001.[42]

Aunque se ha continuado manifestando una voluntad política que incluso ha pretendido avanzar en el trámite de solución de controversias, sobre todo en el Protocolo de Olivos, e incluso se habló del relanzamiento del Mercosur; pese a que se celebraron diversos acuerdos de asociación que ampliaron los espacios de referencia mercosureña, la realidad evidencia que la integración está en crisis por falta de cimientos sociales. De la aspiración de un mercado común sólo se alcanzó en el mejor de los momentos una unión aduanera imperfecta.

La multiplicación de las normas mercosureñas es muy grande, la pretensión de concretar aceleradamente la integración es significativa, pero la realidad del proceso integrador ha languidecido de tal modo que se evidencia una importante separación entre la razón normativa y la historia. En cierta medida puede decirse que la primera domina a la segunda en el sentido de que califica las respuestas y contribuye a llevar la historia a la deriva, pero a su vez al fin la resistencia del proceso histórico al encauzamiento que es más imaginario que real es notoria.

---

[41] Es posible ver ‹http://www.telser.com.pe/assen/03.htm›, 2/8/2004; *Historia general de las relaciones exteriores de la República Argentina*, ‹http://www.argentina-rree.com/14/14-081.htm›, 2/8/2004.

[42] Pueden verse por ejemplo *BBC Mundo.com,* “Diccionario de la crisis argentina”, ‹http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_1504000/1504769.stm›, 9/8/2004; *Cato*, “Crisis Argentina”, ‹http://www.elcato.org/crisisargentina.htm›, 9/8/2004; ‹http://www.profesorenlinea.cl/Economia/ArgentinaCrisis.htm›, 9/8/2004.

3.2. Despliegue trialista de las relaciones entre razón e historia en el Mercosur

15.1. Las relaciones entre razón e historia contenidas en la teoría trialista del mundo jurídico permiten reconocer que el Mercosur no ha tenido una suficiente conciencia histórica y no ha logrado una satisfactoria relación entre los dos despliegues.

15.2. En la *dimensión sociológica*, la vocación conductora ha desconocido las influencias humanas difusas del curso de la economía y de las debilidades de varios Estados involucrados, principalmente las debilidades evidenciadas por la crisis de la Argentina. La razón que se expresó en la conducción mercosureña entró en crisis, las influencias humanas difusas de la realidad histórica impidieron que el proceso se concretara. La intergubernamentalidad significa cierta referencia predominante a la autonomía, que pudo abrir camino a la historicidad, mas la falta de capacidad de conducción hizo que la autonomía también se frustrara.

Se planificó con una razón distante del curso de la historia y al fin la crisis ha privado de mucha ejemplaridad al proceso integrador. El Mercosur ha planificado sin lograr el éxito necesario en la construcción de razones sociales; es acompañado por grupos relevantes, en gran medida universitarios, que están sólidamente comprometidos con la integración, pero tomó una senda rápida de revolución más que de evolución, que no logró aceptación ni concreción. El proceso ha tropezado con límites, que no ha podido superar. No se ha logrado adaptar la constitución material a la voluntad de la integración. Urge retomar y desarrollar la conciencia histórica para hacer aceptable y concretar el ideal del Mercosur.

15.3. En la *dimensión normológica*, las normas mercosureñas implican siempre una excesiva presencia de la consecuencia jurídica de reserva de la defensa de los intereses de los Estados. Se ha producido una limitación significativa de la exactitud y de la eficiencia de las normas mercosureñas

Decenas de protocolos adicionales y acuerdos elaborados por los órganos del Mercosur están lejos de asumir una realidad que evidencie una conciencia histórica y una adecuada relación entre razón e historia. Las fuentes formales del proceso integrador han ido más allá de lo alcanzado en las fuentes materiales. Tal vez pensadas como instrumentos de propaganda para lograr realizaciones futuras, han llegado a parecerse a fuentes "espectáculo".

En el funcionamiento de las normas, el proceso integrador tomó conciencia de la existencia de una gran carencia histórica, pero a menudo se magnificaron sus necesidades y se pretendió llenarla sin atender de modo suficiente a las posibilidades de las circunstancias. Las normas mercosureñas tienen un limitado campo real de aplicación. A nuestro parecer, un trabajo de elaboración en general técnicamente valioso e inspirado en grandes ideales no dio los resultados buscados por insuficiencia de la conciencia histórica. La falta de órganos sólidos de solución de controversias, que el Protocolo de Olivos pretende atenuar, ha influido en la debilidad de la integración,

pero su superación está lejos de alcanzarse fácilmente con la creación formal de un tribunal que puede reproducir los males de la región.[43]

La plusmodelación conceptual y la minusmodelación fáctica caracterizan fenómenos de inflación y vaciamiento de las respuestas mercosureñas, con indebido predominio de la razón sobre la historia. Los rótulos conceptuales han encubierto realidades muy débiles y la institucionalidad real es muy limitada.

15.4. En la *dimensión axiológica*, la tensión entre justicia y utilidad, en la que ésta defecciona del aporte que debe brindar a la justicia, el reiterado desequilibrio entre justicia general y justicia particular (es decir, entre los requerimientos más vinculados al derecho público y al derecho privado) y un salto al porvenir que retrotrajo al pasado son muestras de la dificultad mercosureña para la integración entre razón e historia. Las vacilaciones y contramarchas han generado un clima de inseguridad. Pese a los avances de la razón abstracta, los hombres mercosureños están en gran medida a merced de los vaivenes de la historia.

15.5. El trámite integrador mercosureño ha avanzado en formulaciones de derecho público, con frecuencia sin las bases necesarias de desenvolvimiento privado patrimonial. Ha logrado ciertos progresos, por ejemplo, en el derecho procesal de cooperación.

La falta de eficiencia de las normas mercosureñas parece manifestarse en la decadencia del interés relativamente inicial por las cuestiones privatistas, en las que se han producido recientemente reformas fundamentales, como la entrada en vigor del nuevo Código Civil brasileño, sin atender a la búsqueda de compatibilización con los países socios.[44]

---

[43] Es posible ver nuestro estudio *Filosofía de la jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

[44] Puede verse nuestro artículo "Directrices iusfilosóficas del nuevo Código Civil brasileño", en *Lexis Nexis - Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV, pp. 1303 y ss.

Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia) *

Sistema jurisdiccional andino y europeo

1. El juez nacional como juez comunitario

El Tratado de la Comunidad Europea (TCE) subraya indirectamente la importancia del contencioso comunitario atribuyendo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) la función de "garantizar" el respeto del derecho comunitario. La misma situación ocurre en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA) y en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (ETJCA).

El objetivo central de las comunidades —en general— consiste en no sólo aplicar una misma norma común, sino interpretar y aplicar dicha norma de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de Justicia de todos los Estados miembros.

El TJCE, al igual que el TJCA, atribuye un doble carácter a los jueces nacionales: éstos tienen el carácter de jueces nacionales y jueces comunitarios. Así lo dispuso el TJCE a través del caso *Simmenthal*,[1] al establecer que los jueces nacionales tienen la función de asegurar el pleno efecto de las normas comunitarias e inaplicar —inclusive— toda disposición contraria al acervo comunitario, incluso en aquellos casos en los que la norma nacional fuese posterior a la comunitaria.

Esta misma situación ha sido definida reiteradamente por el TJCA, pero de manera más precisa en el caso 131-IP-2003 (*Colibrí Lighters Limited)*, cuando de manera textual el TJCA atribuyó la doble faceta de los jueces nacionales.[2]

---

* Licenciado en Derecho por la Universidad Católica Boliviana de La Paz (Bolivia). Máster en Derecho Comunitario de la Unión Europea por la Universidad Complutense de Madrid. Posgrado en Organización Política de la Unión Europea por la Universidad Complutense de Madrid. ‹rodrigo_garron@hotmail.com›.

[1] TJCE, sentencia *Simmental*, nº 106/77, 9 de marzo de 1978.

[2] TJCA, sentencia nº 131-IP-2003 (*Colibrí Lighters Limited*): "[…] este Tribunal es competente para interpretar en vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunita-

Tanto en el derecho comunitario andino como en el europeo, la mayor parte del derecho comunitario es desarrollada y ejecutada bajo un régimen de descentralización, esto es, a través de las autoridades nacionales, incluidos los órganos jurisdiccionales.

Los Tribunales de Justicia de las Comunidades Andina y Europea no son los intérpretes exclusivos de la norma comunitaria, toda vez que comparten tales labores con los órganos jurisdiccionales nacionales; así lo disponen los artículos 220 del TCE[3] y 32 del TCTJCA.[4]

Es importante señalar que el control ejercido por los Tribunales de Justicia de ambas comunidades alcanza a todos los actos realizados por las instituciones comunitarias y por las autoridades nacionales (siempre y cuando los actos realizados por las autoridades nacionales se enmarquen en el radio de competencia de las comunidades); es por ello que los Tribunales de Justicia de ambas comunidades garantizan el respeto de los tratados constitutivos y de los ordenamientos jurídicos comunitarios (*globalmente considerados*, es decir que incluyen al derecho derivado).

Al respecto, en Europa se ha profundizado mucho más que en la Comunidad Andina respecto de las técnicas que deben emplear o que emplean los Tribunales de Justicia comunitarios. En el caso concreto del TJCE, éste emplea técnicas típicas tanto de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la UE —cuando controla la constitucionalidad, de acuerdo con los tratados constitutivos comunitarios, de las disposiciones generales que emiten las instituciones comunitarias—, así como técnicas de los jueces contenciosos-administrativos —cuando construye vía pretoriana los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

Tanto la UE como la CAN, a través de la vía contencioso-administrativa, controlan la legalidad de las disposiciones comunitarias de carácter general dictadas en

---

rio, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, siempre que la solicitud provenga de Juez Nacional también con competencia para actuar como Juez Comunitario […]".

[3] TCE: artículo 220: "El TJCE garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado".

[4] TCTJCA: "Artículo 32. Corresponderá al Tribunal interpretar por vía judicial las normas que conforman el ordenamiento del Acuerdo de Cartagena, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros. […]

"Artículo 34. En su interpretación, el Tribunal deberá limitarse a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto. El Tribunal no podrá interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, no obstante lo cual podrá referirse a éstos cuando ello sea indispensable a los efectos de la interpretación solicitada.

"Artículo 35. El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal.

"Artículo 36. Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente sección".

el desarrollo de otras cuyos contenidos utilizan como parámetros de validez; de esta forma, se logra un control sobre la legalidad de los actos administrativos comunitarios *stricto sensu*.

De acuerdo con lo señalado, los Tribunales de Justicia de ambas comunidades tienen una doble faceta; la primera, *controlan la actividad normativa nacional*, es decir, tienen competencias exclusivas para controlar las desviaciones de los derechos internos contrarios a los acervos comunitarios, en cooperación —en su caso— con las propias jurisdicciones nacionales a través de la cuestión prejudicial; la segunda, *controlan las actividades comunitarias,* es decir que es el propio derecho comunitario el que otorga a los Tribunales de Justicia la competencia para controlar las actividades normativas comunitarias, en cooperación —inclusive— del juez nacional a través de la cuestión prejudicial.

En el ámbito de la CAN, la doble faceta de los jueces nacionales se encuentra señalada en varias sentencias dictadas por el TJCA. Una de las más contundentes es la S. 131-IP-2003, dentro del caso *Colibrí Lighters Limited*, que establece:

> La interpretación prejudicial es la expresión de la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones comunitaria y nacional en la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en cuya virtud los Tribunales de cada uno de los Países Miembros actúan como jueces comunitarios al aplicar el derecho comunitario, con base a la interpretación del contenido, sentido y alcance de la norma comunitaria que le corresponde realizar, en forma privativa, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con el objeto de lograr su aplicación uniforme en los Países Miembros.

2. Carácter interpretativo de los Tribunales de Justicia

Dentro del derecho comunitario los Tribunales de Justicia se constituyen en los órganos supremos de interpretación del acervo comunitario; de esta manera ha sido concebida la idea de un tribunal supranacional en el marco de la comunitarización de Europa y de los países andinos de América del Sur.

Sin embargo, ésta no es la única función de los Tribunales de Justicia. Ambos sistemas comunitarios han atribuido también funciones de control a las normas comunitario-institucionales. De ahí que los Tribunales de Justicia se constituyen en la vía para interpretar y resolver sobre la validez de las normas de derecho comunitario derivado.

2.1. Cuestión prejudicial de interpretación

La cuestión prejudicial tiene su origen en un proceso pendiente ante un órgano jurisdiccional interno, cuando surge en el juez, de oficio o a instancia de parte, una duda razonable acerca de la interpretación que debe recibir el derecho comunitario, cuya resolución por los Tribunales de Justicia de las comunidades es necesaria para emitir el fallo.

La función —en general— primordial de la cuestión prejudicial es permitir pronunciamientos acerca de la *interpretación* o la *validez* del derecho comunitario; en otras

palabras, es un mecanismo de consulta entre el juez nacional y el juez comunitario, donde no existe relación de jerarquía entre los jueces nacionales (sin importar cuál sea la instancia) con los jueces comunitarios; es más bien una cuestión de cooperación.

El artículo 234 del TCE señala:

> El TJCE será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:
> –Sobre la interpretación del presente Tratado;
> –Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE
> –Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

De igual forma, el ETJCA establece en su artículo 121:

> Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir a los tribunales comunitarios que se pronuncien sobre ella, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia de su comunidad; así lo dispone el artículo 123 del ETJCA.

Normas susceptibles de cuestión prejudicial de interpretación en la UE

En cuanto a interpretación

- Normas de derecho primario:
  - Los tratados constitutivos
  - Los tratados modificatorios
- Normas de derecho derivado:
  - Reglamentos
  - Directivas
  - Decisiones
  - Recomendaciones
  - Dictámenes
  - Normas de los acuerdos externos.

En cuanto a su apreciación de validez

- Normas de derecho derivado (con exclusión total de las disposiciones de los Tratados).
- Normas y disposiciones de los acuerdos externos de la Comunidad.

Normas susceptibles de cuestión prejudicial de interpretación en la CAN

En cuanto a interpretación

- Normas de derecho primario
  - Los tratados constitutivos
  - Los tratados modificatorios (protocolos)
- Normas de derecho derivado:
  - Decisiones
  - Resoluciones
  - Convenios de complementación industrial y otros que celebren los Estados miembros en el marco del proceso de integración subregional andina.

En cuanto a su apreciación de validez

- Normas de derecho derivado (con exclusión total de las disposiciones de los Tratados).
- Normas y disposiciones de los acuerdos externos de la Comunidad.

Objeto de la cuestión prejudicial de interpretación

- En cuanto a la interpretación:
  - Planteará el contenido y alcance de una norma comunitaria.
  - Servirá de parámetro de legalidad de la norma interna.
- En cuanto a la validez:
  - Afectará a la legalidad misma del derecho comunitario (debiéndose realizar *como paso previo* una *labor interpretativa*).
  - Si se concluye en un juicio negativo, ello supondrá cerrar las puertas de su aplicación.

Noción de órgano jurisdiccional a objeto de interponer la cuestión prejudicial

Según el artículo 234 del TCE, el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, mientras que el ETJCA establece en su artículo 61 que el planteamiento corresponde a los jueces o tribunales, lo cual denota una gran diferencia conforme al razonamiento empleado por el TJCE.

La noción de órgano jurisdiccional es una noción comunitaria. La sentencia *Vaasen Göbbels* del TJCE, del 30 junio de 1966 (61/65), fue la primera en abordar las características inherentes a un órgano jurisdiccional a los efectos del artículo 234, que son las siguientes:

- creación por ley del órgano;
- carácter permanente;
- competencia obligatoria;
- procedimiento contradictorio y
- aplicación de normas de derecho.

El pronunciamiento contiene dos lagunas importantes:

- no especifica si es o no necesaria la concurrencia de todas esas características y
- no dice nada acerca de la independencia del órgano remitente.

Carácter facultativo u obligatorio de elevar la cuestión prejudicial

Existirá *facultad* u *obligación* de plantear cuestión prejudicial según si la decisión del órgano jurisdiccional que esté conociendo del recurso es susceptible o no de ulterior recurso judicial de derecho interno.

Teoría abstracta u orgánica

Los órganos cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso, a los que incumbe la obligación de plantear la cuestión prejudicial, son los que, en cada organización judicial nacional, culminan la cúspide jerárquica.

Teoría del litigio concreto

Conecta la obligación de plantear la cuestión prejudicial con aquellos órganos que, independientemente del lugar que ocupen en la organización judicial, deciden en el litigio específico el origen de la cuestión en última instancia.

Tanto el TJCE como el TJCA, a través de diferentes sentencias, se han pronunciado indirectamente sobre la aplicación de estas teorías, señalando que son competentes para presentar la cuestión prejudicial los tribunales supremos y los tribunales ordinarios en los casos concretos en los que la sentencia no sea susceptible de ulterior recurso.

Doctrina del acto claro

La facultad o en su caso obligación de plantear la cuestión exige la presencia de una duda *interpretativa* razonable, inexistente cuando se está ante un acto claro.

Esta teoría señala:

> El juez ordinario no está obligado a plantear cuestión prejudicial de interpretación cuando crea firmemente que el tema es claro, que no suscita duda razonable.

Trasladada la doctrina del acto claro al ámbito comunitario, la cuestión fue elaborada por el TJCE a través de la sentencia *CILFIT*.[5]

La correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no haya lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de plantear la cuestión prejudicial.

Requisitos

- Estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente en los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.
- Que no haya variaciones en las adaptaciones a otros idiomas con la interpretación.
- No debe plantear duda en cuanto a terminología lingüística y jurídica.

Doctrina del acto aclarado

En la sentencia *Da Costa*, de fecha 27 de marzo de 1963, el TJCE señaló que "el acto aclarado [entraba] en juego cuando la cuestión de interpretación que se planteaba era materialmente idéntica a otra ya planteada y resuelta con anterioridad precisamente en el marco de otra cuestión".

Se afirma entonces que una cuestión ya interpretada por el TJCE exime la obligación de plantear otra nueva cuestión sobre lo mismo.

La doctrina del acto aclarado tiene dos implicaciones:

- Dispensa a los órganos jurisdiccionales que resuelven en última instancia de la obligación de plantear la cuestión (siempre que se atengan a la interpretación realizada por el TJCE).
- Desplaza la discrecionalidad interpretativa de la que gozaban los órganos cuyas decisiones son recurribles.

En el ámbito de la Comunidad Andina, el TJCA ha desconocido la teoría del acto aclarado estableciendo que todas las cuestiones deben someterse al Tribunal de Justicia, aun cuando existan causas similares o idénticas resueltas, puesto que las sentencias que éste emite tienen un alcance individualizado y no *erga omnes*.[6]

---

[5] TJCE, sentencia *CILFIT*, 6 de octubre de 1982.

[6] TJCA, sentencia *Volvo*, nº 1-IP.87, 1987.

Requisitos de la cuestión prejudicial

El TCE y el TCTJCA o estatuto regulan los requisitos de fondo que se deben cumplir para presentar una cuestión prejudicial; sin embargo, vía pretoriana, el TJCE ha establecido una serie de requisitos que se pasan a desglosar:

Requisitos de fondo

- Que exista un litigio pendiente.
- Pertinencia (goza el juez nacional de amplia discrecionalidad).
- Relevancia (es el órgano jurisdiccional nacional el que decide la relevancia sobre la cuestión).

Requisitos de forma

- Plantear de oficio, en beneficio del derecho a la tutela judicial efectiva del particular, y a petición del particular, sin estar obligado a hacerlo.[7]
- La consulta a las partes litigiosas del planteamiento debe ser requisito para que las partes hagan sus observaciones, ya que también el planteamiento de la cuestión puede ir en perjuicio de alguna de las partes por el principio de celeridad.
- Momento procesal de planteamiento de la cuestión.
  - El TJCE reconoce amplia discrecionalidad al juez nacional; recomienda sin embargo que se haga:
    - en un momento en que los hechos estén ya probados;
    - que se encuentre definido el derecho interno aplicable.
- Forma de plantear la cuestión.
  - Debe incorporar la máxima información posible:
    - fijar hechos;
    - fijar normas;
    - hacer preguntas jurídicas;
    - la resolución o auto sobre la cual deberá pronunciarse el Tribunal de Justicia comunitario, o el auto que plantee la correspondiente cuestión, si fuese el caso.

En la Comunidad Andina, el ETJCA establece en su artículo 61 los requisitos de forma que se deben cumplir para interponer una cuestión prejudicial, a saber:

a. el nombre e instancia del juez o tribunal nacional;
b. la relación de las normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo cuya interpretación se requiere;

---

[7] TJCE, sentencia nº 180/93, 1993.

c. la identificación de la causa que origine la solicitud y un informe sucinto de los hechos que el solicitante considere relevantes para la interpretación; y
d. el lugar y dirección en que el juez o tribunal recibirá la notificación correspondiente.

Finalmente, el TJCA ha señalado que todos los tribunales tienen la obligación de interponer la cuestión prejudicial, aun cuando ya se haya fallado en casos similares o análogos; así lo determinó en su sentencia *Volvo* de 1987, al señalar:

> […] debe tenerse en cuenta que la interpretación que en su sentencia establezca el Tribunal comunitario, rige tan sólo para el caso objeto de la consulta y, por tanto, no exime al juez nacional de la obligación de consultar en casos similares o análogos.

Sin embargo, debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial, de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los países miembros, se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o doctrina uniforme en la subregión. No en vano en el preámbulo del Tratado Constitutivo del Tribunal se expresa que "algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico".

3. Carácter garantista de los tribunales de justicia respecto del acervo comunitario

Existen dos vías de impugnación a través de las cuales el TJCA y el TJCE pueden desembocar en un pronunciamiento acerca de la *legalidad* (incluida la constitucionalidad) o ilegalidad de la actividad comunitaria. Éstas son:

Vía directa

Es decir que el litigio principal versa sobre la legalidad o no de la actividad comunitaria impugnada.

En la UE:

- Recurso de anulación.
- Recurso por omisión.

En la CAN:

- Recurso de nulidad.
- Recurso por omisión.

Recurso de anulación en la UE (artículo 230 TCE)

Se puede presentar un recurso de anulación por causales de:

Incompetencia externa

Es consecuencia de un accionar de la comunidad al margen de las competencias que le fueron atribuidas. Sin embargo, hoy en día, al parecer progresivamente, la UE estaría abandonando la idea de cesión específica de competencias en favor de la de apoderamiento de carácter general.

Incompetencia interna

Son actos adoptados por una institución dentro del ámbito competencial comunitario, pese a que corresponde su adopción a otra institución.

En todo caso, la exigencia formal más importante para que prospere el recurso será la motivación, pues a partir de ella los tribunales de justicia pueden extraer los elementos necesarios de juicio para pronunciarse acerca de cuestiones como la corrección de la base jurídica escogida como cobertura habilitante en la adopción de la disposición, la congruencia entre la finalidad perseguida y los medios para alcanzarla plasmados en su propio contenido, o el principio de subsidiariedad.

- vicios sustanciales de forma; o
- violación del tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder.

Procedencia del recurso

La procedencia del recurso dentro de la UE se da para:
- actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo;
- actos del Consejo;
- actos de la Comisión; y
- actos del Banco Central Europeo.

Naturaleza del acto

A consecuencia de su naturaleza no vinculante está descartada expresamente la posibilidad de impugnar:

1. Recomendaciones.
2. Dictámenes.
3. Medidas de régimen interior:
   - circulares,
   - instrucciones, etc.
4. Los actos preparatorios (con independencia de que se enmarquen en un procedimiento de elaboración de disposiciones generales o de actos administrativos).
5. Los actos administrativos puramente confirmatorios de otros anteriores.

Legitimación activa

Tienen legitimación activa para recurrir ante el TJCE:

- Sujetos privilegiados:
  1. Los Estados miembros
  2. El Consejo
  3. La Comisión
  4. El Parlamento Europeo (establecida recién en el Tratado de Niza).
- La legitimación limitada:
  1. El BCE
  2. El Tribunal de Cuentas.
- Las personas físicas y jurídicas:
  1. Contra las decisiones de las que sean destinatarias.
  2. Contra las decisiones que, bajo la forma de reglamento o decisión dirigida a otra persona, las afecten directa e individualmente.

Motivos de impugnación

La clasificación que hace el artículo 230 del TCE está en términos muy amplios, por lo que cubre todos los supuestos imaginables de ilegalidad, incluyendo no sólo el derecho derivado, sino los principios generales del derecho. Por tales razones se estudiarán los vicios de fondo y forma:

Vicios de fondo: Cualquier violación del ordenamiento jurídico comunitario desde una perspectiva material.

Vicios de forma: Se destaca la ausencia de consulta a otros órganos o instituciones, exigencia esencial en el procedimiento.

Plazo

Dentro de la UE la interposición del recurso deberá plantearse en el plazo de dos meses a partir de la notificación al recurrente. A falta de lo anterior, desde que éste haya tenido conocimiento.

Eficacia de la sentencia

En la UE la sentencia desestimatoria no impide volver a discutir la legalidad de la disposición, sobre la base de nuevos motivos.

- La sentencia estimatoria implica la anulación con eficacia *erga omnes*.
- Corresponde al Estado miembro incumplidor adecuar su derecho al comunitario.

Recurso por omisión en la UE (artículo 232 TCE)

Sirve a los efectos de tutela judicial por omisión de las instituciones europeas en el cumplimiento de sus obligaciones.

Naturaleza jurídica del recurso de omisión en la UE (artículo 232 TCE)

Hay tres tipos de recursos por omisión:

1. *De naturaleza declarativa:* La sentencia sólo será declarativa.
2. *De naturaleza anulatoria:* Se asimila a una ficción jurídica tácita o expresa; la sentencia puede anular el acto implícito que está detrás del silencio.
3. *De naturaleza condenatoria:* Pretende que se declare la conducta omitiva y que se condene a la institución recurrida.

El recurso por omisión no es admisible si no se le ha requerido administrativamente el cumplimiento con carácter previo a la institución.

Es decir que en la UE recién después de dos meses del requerimiento y de que la institución no se hubiere pronunciado o hubiere definido su posición, entonces quedará abierta la vía jurisdiccional para la interposición del recurso.

Para el TJCE se define la posición cuando:

- Se adopta el acto reclamado, es decir que el requerimiento ha surtido su efecto.
- Se interrumpe la omisión si, a consecuencia del requerimiento, la institución adopta un acto contrario al que le fue requerido.
- En los supuestos en los que la institución requerida adopta una posición expresa de denegación del requerimiento (que sea fundamentada).

No se define la posición cuando:

- Omite contestación al requerimiento.
- Aplaza o dilata el requerimiento.

Requisitos exigidos por el TJCE para la interposición del recurso por omisión

1. *Tiempo:* Debe formularse dentro de un plazo razonable.
2. *Contenido:* Exige dos cosas:
   - El requerimiento debe permitir identificar a la institución la conducta que se reclama (que no sea confuso)
   - Tiene que establecerse en el requerimiento que, en caso de no ser atendido, se interpondrá el recurso por omisión.

3. *Condiciones que exige el TJCE:*
   - *Congruencia objetiva*, con el requerimiento administrativo previo.
   - *Congruencia subjetiva*, lo que significa que el requerimiento debe ser individual, no importa que terceros hayan recurrido previamente.

El artículo 232 del TCE señala:

> La abstención de pronunciamiento, hecho por una institución o un EM dará lugar al recurso por la omisión de cualquier acto o actividad, sea o no de naturaleza vinculante.
>
> Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al TJCE por no haberle dirigido, una de las Instituciones de la comunidad, un acto distinto de una recomendación o de un dictamen (necesariamente vinculante).
>
> También cabe el recurso sobre los actos discrecionales o facultativos, porque incurren en desviación de Poder, el ser discrecional no significa que se actúe arbitrariamente.

Es necesario demostrar una presunta arbitrariedad.

Legitimación para conocer del recurso en la UE

- *Sujetos privilegiados (instituciones y Estados miembros).* Basta el mero interés en el cumplimiento de las obligaciones comunitarias para legitimarse a fin de objetar cualquier conducta omisiva.
- *Banco Central Europeo.* Su legitimación se limita para la salvaguarda de sus propias prerrogativas.
- *Particulares.* Están sólo legitimados para recurrir en contra de la omisión de actos jurídicamente vinculantes y que se hayan dirigido precisamente a ellos (potencial destinatario).

Efectos de la sentencia por omisión

La sentencia declara la violación del tratado, pero el artículo 233 del TCE obliga a la adopción de las medidas conducentes a la ejecución o cumplimiento de la sentencia.

En caso de incumplimiento de la sentencia, cabe la posibilidad de interponer un nuevo recurso por omisión, ya que el TJCE no admite una medida coercitiva de cumplimiento.

Recurso de nulidad en la CAN (artículo 35 ETJCA)

En similitud con el recurso de anulación de la UE, el recurso de nulidad de la CAN puede ser presentado por causales de *incompetencia externa* e *incompetencia interna* (desviación de poder, artículo 101 ETJCA, artículo 17 TCTJCA).

Al igual que en el recurso de anulación europeo, en el recurso de nulidad andino la exigencia formal más importante es la motivación (fundamentación).

Procedencia del recurso

La procedencia del recurso dentro de la CAN se da para:

- decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;
- decisiones de la Comisión;
- resoluciones de la Secretaría General;
- convenios de complementación industrial y otros.

Legitimación activa

Tienen legitimación activa para recurrir ante el TJCA:

- Estados miembros (siempre y cuando las normas hayan sido aprobadas sin su voto afirmativo);
- personas naturales o jurídicas cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos hayan sido afectados (artículo 19 TCTJCA y artículos 48, 49 y 50 ETJCA).

Motivos de impugnación

La clasificación que hacen los artículos 101 y 102 ETJCA (artículos 17 y 19 del TCTJCA) están en términos muy amplios, por lo que se estudiarán los vicios de fondo y forma:

Vicios de fondo: Cualquier violación del ordenamiento jurídico comunitario desde una perspectiva material.

Vicios de forma: Se destaca la ausencia de consulta a otros órganos o instituciones, exigencia esencial en el procedimiento.

Plazo

En la CAN, la acción de nulidad deberá ser intentada ante el Tribunal dentro de los dos años siguientes a la fecha de entrada en vigencia de las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión de la Comunidad Andina, de las resoluciones de la Secretaría General o del convenio objeto de dicha acción (artículo 103 ETJCA y artículo 20 TCTJCA).

Eficacia de la sentencia

Una eventual declaración de nulidad total o parcial de la decisión, resolución o convenio impugnados, deberá señalar los efectos que la señalada sentencia tendrá en el tiempo.

Recurso por omisión en la CAN (artículo 37 TCTJCA)

Sirve a los efectos de tutela judicial por omisión de las instituciones andinas en el cumplimiento de sus obligaciones.

Naturaleza jurídica del recurso de omisión en la CAN

Para la CAN, las sentencias por omisión son sólo declarativas, puesto que exclusivamente señalan la forma, modalidad y plazos en los que las instituciones comunitarias deben cumplir con sus obligaciones.

El recurso por omisión no es admisible si no se le ha requerido administrativamente el cumplimiento con carácter previo a la institución.

A diferencia de la UE (que establece que recién después de dos meses del requerimiento y de que la institución no se hubiere pronunciado o hubiere *definido su posición*, entonces quedará abierta la vía jurisdiccional para la interposición del recurso), en la CAN, si después de 30 días no se hubiere pronunciado la institución, el solicitante podrá acudir al TJCA.

Legitimación para conocer del recurso en la CAN

Tienen legitimación activa para recurrir ante el TJCA:

- Estados miembros;
- personas naturales o jurídicas cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos hayan sido afectados.

Efectos de la sentencia por omisión

La CAN no regula estas posibilidades, por lo que, dada la valiosa fuente doctrinal que es la UE, es posible que el comportamiento y los criterios aplicables sean los mismos.

Vía indirecta

Se da cuando el litigio principal tiene un objeto distinto al enjuiciamiento directo de la legalidad del derecho comunitario, pudiendo desembocar en un pronunciamiento de los Tribunales de Justicia comunitarios sobre ella.

- Recurso por responsabilidad extracontractual (desarrollándose ante el propio TJCE), artículo 288 TCE.
- Cuestión prejudicial de validez (desarrollándose ante los órganos jurisdiccionales nacionales), artículo 234 TCE.

La vía indirecta en el marco de la CAN sólo se puede presentar en el segundo supuesto, es decir, a través de una cuestión de validez, toda vez que ni el TCTJCA ni el ETJCA han establecido la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias.

Recurso por responsabilidad extracontractual en la UE

El artículo 235 TCE señala que el TJCE será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refiere el párrafo segundo del artículo 288 TCE (se regirá por la ley aplicable al caso de que se trate), el cual a su vez establece que 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 comunes a los derechos de los Estados miembros.

El recurso por responsabilidad extracontractual es una forma de acción independiente con un propósito particular que cumplir en el sistema de recursos.[8]

La sentencia *Krohn v. Comisión* del TJCE[9] confirmaría esta autonomía procesal del recurso por responsabilidad extracontractual.

El TJCE estima inadmisible el recurso por responsabilidad toda vez que existe un recurso paralelo de legalidad que permita obtener exactamente las mismas satisfacciones que el recurso por responsabilidad cuya utilización ha sido descuidada por la víctima, lo que conduce a aconsejar la utilización, en la medida de lo posible, de los recursos de legalidad, acompañados en su caso, paralela o sucesivamente, del de responsabilidad.

La autonomía procesal del recurso de responsabilidad en los términos expuestos no impide que en su marco pueda el TJCE pronunciarse acerca de la legalidad de la medida origen del perjuicio objeto del recurso.

El TJCE afirmó que el sistema de reparto de competencias entre las diferentes instituciones de la Comunidad tiene como objetivo asegurar el respeto del equilibrio institucional previsto por el Tratado y no la protección de los particulares, por lo que la falta de respeto al equilibrio institucional no podría, por sí sola, bastar para comprometer la responsabilidad de la Comunidad con relación a los operadores económicos afectados.

Finalmente, el TJCE señaló que, si una medida comunitaria fuere adoptada desconociéndose no sólo el reparto de competencias entre las instituciones, sino también sus disposiciones materiales o las reglas de derecho que protegen a los particulares, requerirán la ilegalidad como requisito esencial a los efectos de admitir la responsabilidad extracontractual comunitaria.

Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual

La acción de responsabilidad extracontractual prescribe a los cinco años de producido el hecho que la motiva. Asimismo, se interrumpe la prescripción mediante reclamación previa del perjudicado ante la institución competente de la Comunidad.

---

[8] TJCE, sentencia *Lütticke v. Comisión*, 28 abril de 1971.

[9] TJCE, sentencia *Krohn*, 175/84, 26 de febrero de 1986.

Cuestión prejudicial de validez

La diferencia entre la cuestión prejudicial de interpretación y la de validez se encuentra en que la primera desemboca en un juicio de interpretación, y la segunda, acerca de la legalidad del derecho aplicable.

Ningún juez nacional puede por su propia autoridad declarar la invalidez del derecho comunitario, sino que debe plantear la correspondiente cuestión prejudicial.[10]

Los Tratados Constitutivos de las Comunidades Andina y Europea no han definido ni diferenciado los recursos prejudiciales de interpretación o de validez. En otras palabras, el artículo 234 TCE y el artículo 121 ETJCA (artículo 32 TCTJCA) no distinguen entre *cuestión prejudicial de interpretación* o de *validez*.

Pese a lo señalado, el TJCE, luego de treinta años, diferenció ambas cuestiones prejudiciales mediante la sentencia *Foto Frost*,[11] y tres años y medio más tarde la matizó aún más con la sentencia *Zuckerfabrik*,[12] pronunciándose sobre la procedencia de medidas cautelares.

El TJCE señaló que era él el que estaba en mejores condiciones para pronunciarse sobre la validez de los actos comunitarios, ya que las instituciones comunitarias, cuyos actos se cuestionan, tenían el derecho de intervenir ante el TJCE en su defensa, a lo que cabe añadir la facultad del TJCE de solicitar a las instituciones que no fueran parte del litigio la información necesaria antes de resolver.

La sentencia *Foto Frost* del TJCE señaló que había excepciones a las normas según las cuales los órganos jurisdiccionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos comunitarios.

Para que exista invalidez, la declaración deberá ser:

- de carácter provisional y
- con posibilidad de recurrirla.

El pronunciamiento del TJCE sobre la validez del derecho comunitario vincula, como sucedía con las sentencias interpretativas, no sólo al órgano jurisdiccional remitente sino a cualquier otro órgano que pueda por hipótesis conocer ulteriormente el caso que suscitó la cuestión, y con mayor razón aún en el ámbito interpretativo, porque lo que está en juego es la aplicación misma del derecho comunitario por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

Si el pronunciamiento del TJCE concluye en la invalidez de la disposición viciada de ilegalidad, ésta no es anulada: el TJCE se limita a declararla inválida, lo que implica que la norma, en principio, sigue formando parte del ordenamiento jurídico comunitario.

---

[10] TJCA, sentencia *Volvo*, nº1-IP-87.

[11] TJCE, sentencia *Foto Frost*, 314/85, 22 de octubre de 1987.

[12] TJCE, sentencia *Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89; 21 de febrero de 1991.

En conclusión, por mucho que formalmente se siga hablando de invalidez y no de anulación, debe considerarse la norma inválida como expulsada del ordenamiento, pues de lo contrario, aparte de que no tendría ningún sentido recurrir al artículo 231.2, llegaríamos a la incoherencia de una norma existente y, sin embargo, inaplicable no ya por las jurisdicciones nacionales vinculadas por la sentencia de invalidez, sino por las propias instituciones comunitarias y las autoridades administrativas.

Excepción de ilegalidad

Finalmente, debo hacer notar que en el marco de la UE existe la posibilidad de interponer una *excepción de ilegalidad*, que se encuentra regulada por el artículo 241 TCE. Corresponde plantearla cuando una de las partes durante un proceso ante el TJCE alega la ilegalidad del derecho comunitario, por lo que solicita que el Tribunal se pronuncie al respecto, toda vez que esto constituiría un elemento fundamental para la solución del caso (similar a la *cuestión prejudicial*).

4. Función arbitral del TJCA

El tratado original de creación del TJCA no establecía funciones arbitrales para dicha institución; sin embargo, en el Protocolo de Cochabamba se incorporaron estas funciones bajo el supuesto de que se diriman controversias que "se susciten a consecuencia de la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden" (artículo 38 TCTJCA modificado por el Protocolo de Cochabamba).

Asimismo, el TJCA es competente para arbitrar asuntos de particulares cuando sean consecuencia de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y se encuentren regulados por el acervo comunitario andino.

El arbitraje a llevarse a cabo podrá ser resuelto en derecho o equidad, y es obligatorio para las partes e inapelable. Los laudos que emita el TJCA constituirán títulos ejecutivos suficientes para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada EM.

No existe un procedimiento puntual y detallado sobre arbitraje en la CAN, lo cual podría ser una de las causas por las que hasta la fecha no se han llevado a cabo arbitrajes en la CAN.

Función arbitral de la Secretaría General

La Secretaría General de la CAN ha sido dotada de funciones arbitrales, con competencia para conocer asuntos que emerjan de controversias entre particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la CAN.

A diferencia del TJCA, la Secretaría General deberá emitir su laudo conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica, acordes con el ordenamiento jurídico de la CAN.

Los laudos que emita la Secretaría General serán obligatorios e inapelables. Sobre este punto cabe hacer notar que, a diferencia de los laudos del TJCA, en el presente caso las partes pueden acordar la existencia del recurso de apelación o en su caso de nulidad, pero, si no lo hacen, los laudos serán ejecutoriados y constituirán títulos ejecutivos suficientes para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada Estado miembro.

5. Carácter social del TJCA

Finalmente, el TJCA es competente para conocer y dirimir controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración con sus trabajadores.

Al igual que en el arbitraje, a la fecha el TJCA no se ha pronunciado sobre asuntos laborales, como tampoco se ha emitido una decisión que regule los derechos de los trabajadores de la CAN, por lo que deben normarse por lo menos los principios comunitarios en virtud de los cuales los trabajadores tendrían base jurídica para incoar ante el TJCA una demanda laboral.

Referencias bibliográficas

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Las sentencias básicas del TJCE de las Comunidades Europeas*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estados Miembros, Madrid, 2001.

— *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del derecho comunitario*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Madrid, 1997.

— *Derecho comunitario, sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea,* Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ricardo ALONSO GARCÍA y Antonio TIZZANO: *Código de la Unión Europea, Anexo de actualización*, Civitas, Madrid, 2001.

JUNTA DEL ACUERDO DE CARTAGENA: *Mecanismos de la Integración Andina*, Unidad de Comunicaciones, Lima, 1980.

— *Ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Resoluciones*, t. I, Italgraf, Bogotá, 1982.

— *Ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Decisiones*, t. II, III y IV, Italgraf, Bogotá, 1982.

MENGOZZI, Paolo: *Derecho comunitario de la Unión Europea*, Tecnos, Bolonia, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa*, Aranzadi, Navarra, 1991.

WEIDENFELD, Werner, y Wolfgang WESSELS: *Europa de la A a la Z. Guía de la Integración Europea,* Oficina de Publicaciones Oficiales de la UE, Bruselas, 1997.

Sentencias del TJCA

- Sentencia *Volvo*, nº 1-IP-87.
- Sentencia *Colibrí Lighters Limited*, 131-IP-2003.

Sentencias del TJCE

- Sentencia *Simmental*, 106/77, 9 de marzo de 1978.
- Sentencia *Vaasen Göbbels*, 30 junio 1966 (61/65).
- Sentencia *Bollmann*, 40/69, 1970.
- Sentencia *Krohn*, 175/84, 26 de febrero de 1986.
- Sentencia *Da Costa*, 27 de marzo de 1963.
- Sentencia *CILFIT*, 283/81, 6 de octubre de 1982.
- Sentencia *Foto Frost*, 314/85, 22 de octubre de 1987.
- Sentencia *Zuckerfabrik*, C-143/88 y C-92/89, 21 de febrero de 1991.

Orlando Guerrero Mayorga (Nicaragua) *

El derecho comunitario: concepto, naturaleza y caracteres

1. Concepto

Para el Dr. Enrique Ulate Chacón, el derecho comunitario "es el complejo de normas jurídicas que disciplinan las Comunidades de Estados, y sus relaciones jurídicas con otros sujetos de derecho, creadas como organizaciones internacionales sui géneris, dando origen a un Sistema Jurídico-Institucional u ordenamiento jurídico nuevo, autónomo y especial cuyo denominador o ius proprium se basa en las relaciones de integración regional".[1]

El Prof. G. Isaac define al derecho comunitario como un "conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas que dispone de: a) fuentes propias, b) órganos de producción normativa también propios, sujetos a procedimientos y esquemas de relaciones reglados y c) un sistema judicial de garantía de su aplicación e interpretación uniforme".[2]

El Dr. Jorge Antonio Giammattei Avilés expresa que el derecho comunitario "[e]s el derivado de los Tratados de Integración que han creado instituciones, organismos comunes o comunitarios, supranacionales, con vida propia y facultad de emitir normativa a la que tendrán que sujetarse tanto los Estados miembros como los ciudadanos de los mismos y los propios Órganos y Organismos; y cuyas disposicio-

---

* Doctor en Derecho Internacional Público, diplomado en Relaciones Internacionales. Secretario general de la Corte Centroamericana de Justicia. Catedrático de Derecho Internacional Público en las universidades Centroamericana (UCA) y Americana UAM y catedrático de Diplomacia y Relaciones Internacionales en la Universidad Americana (UAM). ‹maritzacardoze@hotmail.com›

[1] Enrique Ulate Chacón: *Integración regional y derecho agrario comunitario europeo y centroamericano. (Por una política agrícola común para el desarrollo rural sostenible)*, tesis para obtener el grado de doctor en la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e Perfezionamento (Pisa, Italia), p. 153.

[2] Isaac Guy: *Manual de derecho comunitario general*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 111.

nes deberán ser interpretadas por autoridades judiciales y administrativas creadas para tal efecto; así como la doctrina derivada de esta legítima interpretación de los textos".[3]

Según el Prof. Eduardo Villarino Pinto en su obra *La construcción de la Unión Europea*: "[E]l derecho europeo o derecho comunitario, como un ordenamiento integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, es una de las más relevantes manifestaciones del proceso de integración y construcción europea, pues los sujetos de este derecho no son sólo los Estados miembros y las propias instituciones comunitarias, sino también, las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones en los Estados miembros".[4]

Con todos estos valiosos conceptos sobre derecho comunitario trataré de construir a través del análisis comparativo un concepto macro para nuestra disciplina, que concibo como sigue. El derecho comunitario es el complejo de normas jurídicas que regulan las relaciones de las comunidades de Estados con otros sujetos de derecho, entre los que se encuentran no sólo los Estados y las organizaciones internacionales, sino también los órganos, organismos e instituciones comunitarias y los particulares, sean éstos personas físicas o jurídicas, públicas y privadas, capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones en los Estados miembros. Tales comunidades de Estados son constituidas por tratados que las instituyen como organizaciones internacionales de carácter supranacional *sui generis*, dando origen a un sistema jurídico-institucional u ordenamiento jurídico nuevo, autónomo, con primacía y eficacia directa en el ordenamiento interno de los Estados, cuyo común denominador o *ius proprium* se basa en las relaciones de integración regional y un sistema judicial de garantía de su aplicación e interpretación uniforme.

1.1. El concepto del derecho comunitario en la normativa jurídica centroamericana

Desde la 2ª Carta a la Organización de los Estados Centroamericanos (ODECA), Carta de San Salvador (1963), hasta el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (1991), que crea el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), en sus artículos 1 (texto común a ambos instrumentos jurídicos) se establece que Centroamérica —Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala, a los que se incorporan la República de Panamá por ratificación y Belice mediante su adhesión al Protocolo de Tegucigalpa— constituye una comunidad económico-política que aspira a la integración de la región.[5]

---

[3] Jorge A. Giammattei Avilés: *Guía concentrada de la integración centroamericana*, Managua, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1999, p. 20.

[4] Eduardo Villarino Pinto: *La construcción de la Unión Europea*, Arco/Libros, Madrid, 1996, p. 62.

[5] El Salvador depositó el instrumento de ratificación el 5 de junio de 1992; Honduras, el 8 de junio de 1992; Nicaragua, el 14 de julio de 1992, poniendo en vigencia el Protocolo de Tegucigalpa;

De estos artículos podemos extraer que Centroamérica es una comunidad de Estados económico-política cuyas relaciones se enmarcan en un esquema de integración regional que no es puramente económica sino global, por cuanto abarca los diversos sectores económicos y políticos, pero también sociales, culturales y ambientales, cuyos presupuestos se centran en una concepción social y democrática del Estado en el marco irrestricto de la tutela, el respeto y la promoción de los derechos humanos, por lo que los Estados miembros del SICA deben comportarse de acuerdo con los principios fundamentales contenidos en el artículo 4 del Protocolo de Tegucigalpa.[6]

1.2. Fundamentos y presupuestos de la Comunidad Centroamericana

Centroamérica ha sido definida como una comunidad de Estados económico-política, pero a efectos prácticos y para impulsar el proceso de integración con una voluntad política más clara y definida es necesario analizar los fundamentos y presupuestos constitucionales para que la comunidad pueda existir.

En Centroamérica se ha seguido muy de cerca los pasos del constitucionalismo europeo, en el que se han tenido que reformar disposiciones específicas del derecho interno, incluso constitucionales, para permitir la incorporación de los Estados miembros a las Comunidades del Carbón y el Acero, Económica-Europea y de la Energía Atómica, así como para facilitar el proceso integracionista, sometiendo la aprobación de los tratados a procedimientos legislativos, muchas veces con un número de voto cualificado, o a consultas regulares mediante referéndum, o a controles constitucionales. Según el Dr. Jorge Antonio Giammattei Avilés, para todo centroamericano el basamento primario de la integración de la región se encuentra en sus textos constitucionales, que la disponen en forma expresa y a veces en forma implícita.[7] Entre las constituciones que consagran en forma expresa los principios que hacen posible la integración están las de El Salvador, Guatemala y Costa Rica.

Guatemala lo hizo el 13 de agosto de 1993; Costa Rica, el 26 de junio de 1995; Panamá, el 26 de marzo de 1996, y Belice depositó el instrumento de adhesión el 1 de diciembre del 2000.

[6] Véase el artículo 4 del Protocolo de Tegucigalpa en Orlando Guerrero Mayorga: *Recopilación de textos básicos de derecho internacional público*, Somarriba, Managua, 1999, p. 306. También véase el *Libro de Centroamérica: un instrumento cívico de los pueblos*, CSUCA-SG/SIGA, San José, 1999; Tratado de la Integración Social Centroamericana (artículo 6); Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (Protocolo de Guatemala), artículos 1 y 2; Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, título I, artículo 1; Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), artículo 1, y Principios de la Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible (ALIDES). En todos ellos están presentes los presupuestos jurídico-políticos y socioeconómicos para una integración real e integral de Centroamérica.

[7] Giammattei: o. cit., p.1.

1.2.1. Constitución Política de El Salvador

El artículo 89 de la Constitución Política salvadoreña establece: "El Salvador alentará y promoverá la integración humana, económica, social y cultural con las repúblicas americanas y especialmente con las de Istmo Centroamericano. La integración podrá efectuarse mediante tratados o convenios con las repúblicas interesadas, las cuales podrán contemplar la creación de organismos con funciones supranacionales". En su párrafo segundo agrega: "También propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centroamérica, en forma unitaria, federal o confederada, con plena garantía de respeto a los principios democráticos y republicanos y de los derechos individuales y sociales de sus habitantes. El proyecto y bases de la unión se someterán a consulta popular".[8]

De este artículo se desprende la posibilidad que el Estado de El Salvador ejerza, conjuntamente con otros Estados, facultades soberanas previamente acordadas por medio de entes supranacionales,[9] en el ámbito de la integración "humana, económica, social y cultural" con las repúblicas americanas o centroamericanas. También, en el ámbito de la integración "política" o de "reconstrucción total o parcial de la República de Centroamérica", cuyo proyecto de tratado debe ser antes sometido a consulta popular.

Cabe destacar que la reconstrucción de Centroamérica podría llevar a la federación, o sea, a los Estados Unidos de Centroamérica.

1.2.2. Constitución Política de Guatemala

En materia de integración centroamericana, la Constitución guatemalteca establece en su artículo 150: "Guatemala, como parte de la comunidad centroamericana, mantendrá y cultivará relaciones de cooperación y solidaridad con los demás Estados que formaron la Federación de Centroamérica; deberá adoptar las medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política o económica de Centroamérica. Las autoridades competentes están obligadas a fortalecer la integración económica centroamericana sobre bases de equidad".

El artículo 184, incisos *k* y *o*, establece como funciones del presidente de la República las de someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional, así como las de dirigir la política exterior y las relaciones internacionales, celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución. El artículo 171, literal *I*, numeral 2, establece: "Otras atribuciones del Congreso: 1) Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 2) Afec-

---

[8] Constitución Política de El Salvador, artículo 89.

[9] Giammattei: o. cit., p. 2.

ten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencia a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico-comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano […]".

La aprobación, antes de su ratificación, de estos tratados se hace por mayoría simple. En este sentido es claro el artículo 172, que requiere mayoría calificada de dos terceras partes únicamente para la aprobación de los tratados, convenios o arreglo internacional que se refiera al paso de ejércitos extranjeros por el territorio nacional o al establecimiento temporal de bases militares extranjeras que afecten o puedan afectar la seguridad del Estado o pongan fin a un estado de guerra.

El artículo 173 determina que "las decisiones políticas de especial trascendencia deberán ser sometidas a procedimiento consultivo de todos los ciudadanos". Agrega: "La Consulta será convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del Presidente de la República o del Congreso de la República, que fijarán con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos". Les corresponderá definitivamente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo calificar lo que es una "decisión política de especial trascendencia", a fin de solicitar o no un referéndum. Por otro lado, el artículo 272, inciso *c*, otorga a la Corte de Constitucionalidad la función de "emitir opinión sobre la Constitucionalidad de los Tratados, Convenios y Proyectos de Ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado".[10]

El presidente de la República de Guatemala ha solicitado al Tribunal Constitucional, con base en este artículo, que dictamine sobre la constitucionalidad del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia.

1.2.3. Constitución Política de Costa Rica

La Constitución Política de Costa Rica presenta importantes reformas constitucionales en 1968, cuando se reforman los artículos 7 y 121. En el primero se establece que los tratados internacionales tienen autoridad superior a las leyes, y se reconoce en materia de derechos humanos su primacía sobre la propia Constitución. En el segundo (artículo 121, inciso 4) se autoriza la posibilidad de atribuir o transferir competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, para cuya aprobación se requiere una mayoría calificada de dos tercios de los miembros del Parlamento. Sin embargo, los protocolos de menor rango derivados de tratados públicos no requieren aprobación legislativa cuando los tratados autoricen de modo expreso tal derivación. Con respecto a la aplicación

---

[10] Julio Icaza Gallard: *La Unión Centroamericana. Bases y requisitos constitucionales*, San Salvador, 1998, pp. 26-30.

del derecho comunitario, la Sala Constitucional ha reconocido su carácter "supranacional".

También en varios casos la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha reconocido la formación de un derecho comunitario institucional y de un derecho comunitario objetivo cuya supremacía se impone sobre el derecho interno.

También, el artículo 140, inciso 10, complementa la disposición del artículo 121, inciso 4, al expresar: "Los Protocolos derivados de dichos Tratados públicos o convenios internacionales que no requieran aprobación legislativa, entrarán en vigencia una vez promulgados por el Poder Ejecutivo". La interpretación de las facilidades dadas por esta normativa llevó a dar al instrumento jurídico creador del SICA el revestimiento formal de *protocolo*, aunque, como se ha dicho, podía considerarse una derivación autorizada de la Carta de San Salvador que había creado la ODECA. Sin embargo, la Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó el Protocolo de Tegucigalpa, con los dos tercios de votos de sus miembros.[11]

1.2.4. Constitución Política de Honduras

La Constitución hondureña no es muy explícita en cuanto a la integración centroamericana. El Preámbulo contiene una referencia a "la fe puesta en la restauración de la Unión Centroamericana". No contiene normas expresas sobre la creación de órganos comunitarios. Sin embargo, al referirse a las relaciones económicas del Estado de Honduras con otros países, reconoce "la integración económica centroamericana y el respeto de los tratados y convenios que suscriba, en lo que no se oponga al interés nacional", los cuales, una vez aprobados por el Congreso y ratificados por el Ejecutivo, entran a formar parte del derecho interno y prevalecen sobre la legislación interna. El artículo 245, numeral 34, establece como una de las atribuciones del presidente de la República, "dirigir y apoyar la política de Integración Económica y Social, tanto nacional como internacional, tendiente al mejoramiento de las condiciones de vida del pueblo hondureño".

1.2.5. Constitución Política de Nicaragua

La Constitución nicaragüense establece en el título I ("Principios fundamentales"), artículo 5, parte final: "Privilegia la integración regional y propugna por la reconstrucción de la Gran Patria Centroamericana", y en el artículo 9 reconoce la defensa de la unidad centroamericana y los esfuerzos para "lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central, así como los esfuerzos por establecer y preservar la paz en la región".

---

[11] Ulate Chacón: o. cit., p. 127-128.

En dicho artículo se reconoce la "creación o elección de los organismos necesarios para alcanzar la unidad de los pueblos de América Latina y el Caribe inspirado en los ideales unitarios de Bolívar y Sandino". De esta última disposición se deduce una autorización implícita a otorgar el ejercicio de ciertas competencias a órganos regionales comunes, regulados por ley y por tratado.

Reconocida la posibilidad de crear por tratado organismos cuyo fin sea la integración política y económica y la cooperación en América Central, correspondería a la Asamblea Nacional, de acuerdo con el artículo 138, numeral 12, "aprobar o rechazar el correspondiente tratado". En efecto, la disposición citada establece como atribución del Poder Legislativo "aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales: de carácter económico, de comercio internacional, de integración regional, de defensa y seguridad, los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación y los que vinculen el ordenamiento jurídico del Estado".

1.2.6. Constitución Política de Panamá

La Constitución panameña hace referencia únicamente en su Preámbulo a la promoción de la integración regional como fin del Estado. Las disposiciones relativas a los tratados internacionales no establecen nada específico sobre la creación de órganos supranacionales. Sin embargo, al ratificar el Protocolo de Tegucigalpa, que es el tratado marco de la integración centroamericana, Panamá se está sometiendo al ordenamiento jurídico comunitario nuevo con fines de integración regional.

1.2.7. Constitución Política de Belice

La Constitución de Belice, en el capítulo I, artículo 1, establece: "Belize Shall be a sovereign democratic State of Central America in the Carribbean region" (Belice será un Estado soberano democrático de Centroamérica en la región del Caribe).

Al ser parte de Centroamérica y adherirse, el 1º de diciembre del 2000, al Protocolo de Tegucigalpa y dejar registrado y depositado en la Sección de Tratados de la Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana (SG-SICA) el instrumento de adhesión, Belice participa como Estado miembro del Sistema, con iguales derechos y deberes que los otros Estados miembros, y en consecuencia está sujeto al nuevo ordenamiento jurídico de integración centroamericana.

El Dr. Jean Michel Arrighi dice que en nuestro continente existen tres grandes grupos de Constituciones: aquellas, la minoría, que dan solución expresa al conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno; aquellas que, sin resolver el conflicto, enumeran a los tratados y las leyes como normas internas, y aquellas, la mayoría, que nada dicen y sólo hacen referencia a los tratados cuando enuncian las competencias de los distintos poderes del Estado.

Entre las primeras se destacan las Constituciones de Argentina, Honduras y Costa Rica. Para el efecto práctico de nuestra investigación nos referiremos a las dos últimas.

La Constitución de Honduras, en su artículo 18, señala que "en caso de conflicto entre el Tratado o Convención y la Ley, prevalecerá el primero", y la Constitución de Costa Rica, en su artículo 7, establece que "los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

Las otras Constituciones de Centroamérica nada dicen en cuanto a la jerarquía del tratado o a su ubicación en las fuentes del orden jurídico interno. Estas Constituciones se refieren a los tratados en dos secciones: la que regula las atribuciones del Poder Ejecutivo y la que fija las competencias del Poder Legislativo. En general, las etapas son las siguientes: la firma del tratado es competencia del Poder Ejecutivo; el Parlamento lo aprueba; el Poder Ejecutivo lo ratifica. Éste es el caso, por ejemplo, de lo que disponen los artículos 138, numeral 12, y 150, numeral 8, de la Constitución de Nicaragua.[12]

Hecho este recorrido a través de las Constituciones de los Estados miembros del SICA y concluyendo que es factible mediante sus disposiciones la integración centroamericana transfiriendo competencia o ejerciendo conjuntamente soberanía a través de organismos regionales supranacionales, con fines y propósitos integracionistas, pasamos a continuación a abordar el siguiente punto.

2. Naturaleza jurídica de la Comunidad Centroamericana y del derecho comunitario

Es necesario precisar cuáles son los elementos esenciales de la Comunidad Centroamericana que permiten ubicarla en una determinada categoría general.

Las categorías jurídicas que han servido de referencia a la doctrina son fundamentalmente el Estado federal, la confederación y la organización internacional.

Para establecer la verdadera naturaleza jurídica de la Comunidad Centroamericana y del derecho comunitario centroamericano no basta un análisis jurídico-institucional de los tratados, sino que es necesario constatar la realidad, es decir, cómo ha venido actuando dicha comunidad y cuáles son las consecuencias que ella ha tenido en la formación de un ordenamiento jurídico nuevo, como sería el derecho comunitario centroamericano.

---

[12] Jean Michel Arrighi: "Las relaciones entre el derecho internacional y los derechos nacionales. Normas y jurisprudencia", en *Memoria del seminario sobre Aplicación de Normas Internacionales*, Granada (Nicaragua), 3-5 de septiembre de 1996, pp. 146-147.

Han surgido diversas teorías para explicar la naturaleza jurídica de las comunidades: a) ubican las comunidades dentro del ámbito de las organizaciones internacionales; b) dentro de la figura federativa; c) dentro de un ordenamiento jurídico autónomo, o d) dentro de un proceso gradual y progresivo de integración regional.

El Dr. Enrique Ulate Chacón considera a la Comunidad Europea y a la Comunidad Centroamericana como un "*tertium genus* u organización *sui generis*, de carácter autónomo destinada a cumplir los fines y propósitos de los procesos de integración regional".[13]

Para la Prof. Aracelis Mangas Martín, "el hecho de que las Comunidades Europeas / Unión Europea no se transforme en Estado Federal no significa que no participen, en la concepción de algunos elementos de su estructura institucional, de su derecho y de sus funciones, de la inspiración y técnicas jurídicas federalistas y sin que ello conlleve admitir analogías con una estructura estatal, ni tan siquiera federal o confederal".[14]

La mayoría de la doctrina considera que las Comunidades Europeas constituyen organizaciones internacionales de características específicas, las cuales radican en los siguientes aspectos:

a) Los objetivos de integración, que determinan el carácter dinámico del proceso, del fenómeno comunitario.
b) La estructura institucional, en la que aparecen "nuevos principios de representatividad al margen del de la representación de los Estados", con tres instituciones que dan cuerpo, cada una, a distintas fuerzas y valores: la Comisión como guardián del interés común; el Parlamento como expresión de las fuerzas populares; el Tribunal de Justicia, por último, como garante de los valores jurídicos.
c) Las fuentes del derecho derivado, análogas a las propias del derecho interno: reglamentos y decisiones o peculiares del orden comunitario (directivas).
d) La eficacia directa del derecho comunitario en el ámbito interno.
e) La atribución de competencias a las comunidades en materias tradicionalmente reservadas a los Estados y las consiguientes limitaciones de las competencias de éstos. Este fenómeno es interpretado por un sector de la doctrina como una distribución de soberanía entre los Estados y las comunidades.[15]

---

[13] Ulate Chacón: o. cit., p. 139.

[14] Aracelis Mangas Martín: "La Comunidad Europea y su patrimonio jurídico", *Seminario de Derecho Comunitario*, Corte Centroamericana de Justicia, Managua, 24 de noviembre de 1997, p. 2.

[15] Manuel Díez de Velasco: *Las organizaciones internacionales*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, pp. 649-650.

Según el Prof. Manuel Díez de Velasco: "a) Las comunidades son organizaciones internacionales. Esta calificación implica que, en la medida en que existen normas de derecho internacional general relativas a esta categoría (por ejemplo sobre la Subjetividad Internacional de las organizaciones), tales normas son aplicables a las comunidades. b) El derecho comunitario europeo es un derecho internacional particular, cuyos caracteres no vienen determinados por esta calificación, sino por su contenido. c) Los caracteres de las comunidades y del derecho comunitario europeo son heterogéneos".[16]

La Unión Europea constituye solamente una idea de síntesis, un paraguas común que sirve para articular las relaciones entre el pilar comunitario (la Comunidad Europea) y los dos pilares intergubernamentales (Política Exterior y Seguridad Común [PESC]) y Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y de los Asuntos de Interior [CAJAI]), previstos en el Tratado de Maastricht, realizando una unificación, aunque de alcance limitado, del marco jurídico del proceso de integración.[17]

Para el Dr. Jorge Antonio Giammattei Avilés, las comunidades son organizaciones internacionales de nuevo cuño (*sui generis*), totalmente diferentes de las clásicas organizaciones de cooperación intergubernamental derivadas del derecho internacional general y convencional; comunidades de derecho en tanto ni los Estados miembros ni sus órganos y organismos pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con los tratados que les reconocen su existencia o las crean.[18]

A este respecto hay que mencionar que lo único que distingue a un Estado unitario dividido en provincias autónomas de un Estado federal es el grado de descentralización, al igual que se diferencia el Estado federal de la confederación en que ésta tiene mayor grado de descentralización.

Este mayor o menor grado de descentralización se refleja en la jerarquía de las normas que componen el ordenamiento jurídico de cada tipo de Estado y en la forma de aplicarlas. En el Estado unitario existe sólo un ordenamiento jurídico con gobiernos locales cuya capacidad de actuación puede estar enmarcada dentro de un régimen de autonomía regional o en un régimen de municipalidades con facultades más o menos amplias pero siempre subordinadas a las leyes de la nación y a la Constitución.

En cambio, en un Estado federal existe un ordenamiento jurídico central, válido para todo el territorio, y varios regímenes locales, de cada Estado que forma la federación, válidos solamente para el territorio de cada uno de esos Estados. Las normas centrales son creadas por un órgano legislativo central, o Poder Legislativo federal, y las normas locales son creadas por órganos legislativos locales.

Los individuos, nacionales de un Estado federal, están sujetos a dos ordenamientos jurídicos: el de la federación y el estatal local. Existen dos constituciones:

---

[16] Ibídem.

[17] Ibídem, p. 651.

[18] Giammattei: o. cit., p. 7.

una, federal, que está por encima de las otras de cada estado miembro de la federación. Cada estado miembro goza de autonomía constitucional limitada por la Constitución federal. Además, el Poder Legislativo del Estado federal generalmente está compuesto de dos cámaras: una, llamada Cámara de Representantes, elegidos directamente por el pueblo; otra, llamada Cámara del Senado o de los Estados, compuesta por representantes de los estados miembros, que pueden ser elegidos directamente por los órganos legislativos de cada Estado. En la Cámara de los Estados o Senado, los estados se encuentran representados por igual número de representantes, en virtud el principio de igualdad jurídica de los estados.

Con la confederación de Estados sucede algo similar. Sin embargo, en el Estado federal cada estado miembro tiene su Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. En la confederación puede existir un Poder Judicial central, pero éste es competente únicamente para los conflictos entre los Estados miembros de la confederación. En un Estado federal también hay competencias que son exclusivas del Estado central; por ejemplo, las relativas a las relaciones internacionales (conclusión de tratados, declaraciones de guerra) y las relativas a la defensa nacional (la armada, la marina, el ejército y la fuerza aérea) son órganos de la federación y no de los estados que la componen, lo que no sucede en la confederación, donde no hay centralización del Poder Ejecutivo.

Otra diferencia entre uno y otro sistema gira alrededor de la nacionalidad. En la confederación no existe una nacionalidad confederada, porque los ciudadanos conservan la nacionalidad de su Estado. En la federación sí existe una nacionalidad federal.

En la federación, las leyes federales son directamente aplicables a los ciudadanos. En la confederación, las normas centrales del orden jurídico constitutivo sólo obligan y facultan directamente a los Estados.

El Estado federal es un Estado, y no simplemente una unión de estados. En una confederación, los Estados que la componen pueden abandonar la comunidad, retirándose de la unión. Cada Estado confederado conserva su personalidad jurídica internacional. Ninguna de estas cosas ocurre en la federación, donde la posibilidad de retirarse no existe y donde los estados que la componen no son sujetos del derecho internacional, sino que quien tiene la personalidad jurídica internacional es el Estado federal.[19]

Sin embargo, considero que en la federación se puede dar la secesión de un miembro de las comunidades, aunque esto es muy improbable, tanto porque la integración en muchos campos ha alcanzado un punto sin retorno que la haría económica y socialmente insoportable, como por el hecho de que el sistema comunitario es suficientemente flexible como para permitir a los estados que tuvieran quejas hacer pre-

---

[19] Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Maynes), Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. pp. 376-383. También véase Icaza Gallard: o. cit., pp. 6-9.

sión dentro de la comunidad para obtener satisfacciones. Finalmente, parece evidente que el conjunto de estados miembros de la comunidad no puede ignorar, llegado el caso, la posición tomada explícita o implícitamente por el estado que mostrará deseos de no continuar cumpliendo las obligaciones que le incumben en tanto miembro. En una situación límite podrían, de común acuerdo, aceptar la salida de uno de ellos o poner fin a las comunidades, afectando el principio del acervo comunitario y la pertenencia definitiva a la comunidad.

La posibilidad de la retirada unilateral de un Estado del Sistema de la Integración Centroamericana no debe ser subestimada. En principio, porque sin retirarse formalmente de las Comunidades un Estado miembro puede obstaculizar ampliamente su funcionamiento, practicando lo que se ha llamado la *política de la silla vacía*, es decir, no participando en las instituciones o no suscribiendo ni depositando los instrumentos de ratificación o adhesión. Costa Rica, Guatemala, Panamá y Belice todavía no son Estados miembros del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia, a pesar de que todos ellos son Estados miembros del Sistema de la Integración Centroamericana, creado por el Protocolo de Tegucigalpa, el cual establece en el artículo 12 que el Estatuto "deberá ser negociado y suscrito dentro de los noventa días posteriores a la entrada en vigor del Protocolo de Tegucigalpa". Asimismo, no se ha completado el proceso de ratificación interno del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano y otras instancias políticas y sus primeros protocolos por los Estados de Costa Rica y Belice. Panamá no es suscriptor ni parte del Protocolo de Guatemala, junto con Belice. Esto más la disposición del Protocolo de Tegucigalpa relacionada con la toma de decisiones que serán adoptadas por consenso, y la disposición del artículo 22 del Protocolo de Tegucigalpa, que establece que "las decisiones de los Consejos serán de obligatorio cumplimiento en todos los Estados miembros y sólo podrán oponerse a su ejecución disposiciones de carácter legal", ha llevado a la afirmación de que no podemos hablar de la existencia de un *derecho comunitario centroamericano*, aunque sí, como algunos juristas han reiterado, de un *derecho común centroamericano*.[20]

Consideramos que existe un derecho comunitario centroamericano que emana de una comunidad de Estados cuya naturaleza es de una organización internacional *sui generis*, que va más allá de meras relaciones de cooperación o coordinación entre los Estados, para dirigirse hacia una verdadera integración mediante el establecimiento de políticas comunes. Ello significa que el método intergubernamental para la toma de decisiones se reduce únicamente al órgano del que dependen las decisiones fundamentales de impulso y orientación política del proceso de integración —por ejemplo, la Reunión de Presidentes de Centroamérica, órgano supremo del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)— y prevalece el método comunitario para

[20] Icaza Gallard: o. cit., pp. 14-15.

la formación de los actos normativos comunitarios y su correspondiente aplicación y ejecución.[21]

No obstante, el proceso de integración centroamericana ha padecido desde sus orígenes muchos obstáculos y dificultades, al igual que el proceso de integración europea. Como muy bien advirtió el ministro francés de Relaciones Exteriores, Robert Schuman, directamente influido por su asesor Jean Monnet: "Europa no se hará de un solo golpe ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho".[22] Esto es válido para Centroamérica, mas es conveniente repasar cómo la Corte Centroamericana de Justicia, órgano supranacional del Sistema de la Integración Centroamericana cuya jurisdicción y competencia regionales son de carácter obligatorio para los Estados y es la encargada de hacer respetar el derecho comunitario o de integración centroamericano, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Luxemburgo), ha construido su edificio jurisprudencial dándole prevalencia al derecho comunitario frente al "ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros del SICA", que examinaremos *infra*.

3. Características del derecho comunitario centroamericano

El Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo dice que el derecho comunitario está compuesto por el "conjunto de normas y principios que determinan la organización, funcionamiento y competencias de las Comunidades Europeas, se conforma como un orden jurídico sui generis, dotado de autonomía con relación a los ordenamientos

---

[21] La Corte Centroamericana de Justicia ha analizado en diversas sentencias la naturaleza jurídica de una comunidad de Estados, que considera "con vida propia y se dota de un sistema para la realización de la integración de la misma, conformada por órganos con personalidad jurídica al igual que el Sistema, estructurada en sectores económico, social, cultural y político", y que "la soberanía no debe ser entendida como una búsqueda y prosecución de sólo el propio interés nacional, sino como la compatibilización entre los intereses propios y los de la comunidad de que forma parte, así como las de los Estados que la integran". *Gaceta Oficial de la Corte Centroamericana de Justicia*, nº 13, 4 de diciembre de 2001, pp. 20 y 22 ("Incumplimiento de Normas Comunitarias del Sistema de la Integración Centroamericana [SICA] Estado de Nicaragua contra el Estado de Honduras. Sentencia definitiva 27 de noviembre del 2001".) La Corte también considera "necesario insistir que el proceso de integración de Estados que crean o reconocen la existencia de una comunidad entre ellos, un ente político con vida propia diferente a la de los Estados que la integran, que puede denominarse Organización Internacional sui generis […]". *Gaceta Oficial de la Corte Centroamericana de Justicia*, nº 13, 4 de diciembre de 2001, p. 22 ("Revocación de disposiciones legales, actos administrativos y actuaciones de hecho adoptados por la República de Nicaragua que afectan y violan la normativa jurídica y el funcionamiento del Sistema de la Integración Centroamericana. Estado de Honduras contra el Estado de Nicaragua. Sentencia definitiva 28 de noviembre del 2001").

[22] Paz Andrés Sáenz de Santa María y otros: *Introducción al derecho de la Unión Europea,* 2ª ed., Eurolex, colección Estudios Internacionales, Madrid, 1999, p. 32.

nacionales, distinto del orden jurídico internacional y del orden jurídico interno de los Estados miembros y caracterizado por unos rasgos peculiares".[23]

Estos rasgos característicos se manifiestan a través de las relaciones entre el derecho comunitario con el derecho propio de cada uno de los Estados miembros. Es así como se han formulado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por la Corte Centroamericana de Justicia, en su jurisprudencia, las principales características del derecho comunitario.

3.1. Principio de aplicabilidad inmediata

Significa que las normas de derecho comunitario se convierten automáticamente en normas de derecho interno de los Estados miembros, lo que implica: a) que el derecho comunitario se integra plenamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados sin necesidad de ningún acto de recepción; b) que las normas comunitarias, aunque integradas en el derecho interno, no se confunden con éste, sino que conservan su carácter comunitario; c) que los jueces y tribunales nacionales tienen que aplicar obligatoriamente el derecho comunitario.[24]

3.2. Principio de aplicabilidad directa

Las normas comunitarias pueden crear por sí mismas derechos y obligaciones para los particulares, afectando su patrimonio jurídico. Este principio implica que cualquier nacional de un Estado miembro tiene derecho a pedir que se le apliquen las normas comunitarias que lo afecten y los Estados están obligados a atenderlo de conformidad con tales normas.[25]

Para la Prof. Araceli Mangas Martín, el punto de partida de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario son los tratados constitutivos y los actos de las instituciones que producen la atribución de competencias internas a favor de la comunidad.

La pertenencia de un Estado a la comunidad produce una distribución de competencias entre el Estado miembro y la comunidad; el Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía y, por tanto, en esos ámbitos de soberanía estatal sigue rigiendo y generando normas de derecho nacional. Pero en las materias cedidas rigen los tratados y los actos de las instituciones o derecho derivado. Luego ambos ordenamientos jurídicos coexisten en el interior de cada Estado miembro y tienen unos mismos destinatarios, las personas físicas y jurídicas, y el hecho de que ambos

---

[23] Carlos Francisco Molina del Pozo: *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, 3ª ed., Dijusa, Madrid, 2000, pp 505-506.

[24] Villarino Pinto: o. cit., p. 63. También Giammattei Avilés: o. cit., p. 21.

[25] Ibídem.

ordenamientos compartan una misma clase de sujetos de derecho establece relaciones entre la norma comunitaria y la norma nacional, la cual queda condicionada por los principios de autonomía, eficacia o aplicación directa y primacía del derecho comunitario.[26]

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, refiriéndose al Tratado de la Comunidad Europea, expresa que: "aunque haya sido celebrado en forma de Convenio Internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una comunidad de derecho".[27]

También la Corte Centroamericana de Justicia, con relación al Protocolo de Tegucigalpa, en una opinión consultiva solicitada por el secretario general del SICA, Dr. H. Roberto Herrera Cáceres, sobre la situación jurídica del Protocolo de Tegucigalpa con respecto a instrumentos jurídicos anteriores y actos posteriores, señala: "El Protocolo de Tegucigalpa de 1991 es en la actualidad, el Tratado Constitutivo marco de la Integración Centroamericana, y por tanto, el de mayor jerarquía y la base fundamental de cualquier otra normativa centroamericana sean éstos, Tratados, Convenios, Protocolos, Acuerdos u otros actos jurídicos vinculatorios anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del Protocolo de Tegucigalpa".[28]

La jerarquía del Protocolo de Tegucigalpa y sus instrumentos complementarios y derivados está precisada en el artículo 35 del propio Protocolo y queda ratificada en la jurisprudencia antes citada.

Por primera vez, el Tribunal Centroamericano (Corte de Managua) se refirió a las características del derecho comunitario, en su resolución nº 4-9-12-96 sobre "Opinión Consultiva del Parlamento Centroamericano en relación a la competencia de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala en torno al Artículo 27 del Tratado Constitutivo del Parlamento Centroamericano". Pero con más precisión y alcance jurídico lo ha hecho en la sentencia dictada en el caso de la demanda del Estado de Nicaragua contra el Estado de Honduras (véase el considerando IV) y en la sentencia emitida en el caso de la demanda del Estado de Honduras contra el Estado de Nicaragua (véase considerando I).

3.3. Principio de primacía

Las normas comunitarias ocupan un lugar prioritario respecto a las normas nacionales; el derecho comunitario es de aplicación preferente o prioritaria respecto al derecho interno de los Estados miembros. Este principio tiene razón de ser con el fin

---

[26] Mangas Martín: o. cit., p. 3.

[27] Dictamen 1/91 de 15.12.1991, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1992-1, pp. 226-259, y en recopilación de la jurisprudencia del TJCE.

[28] Véase *Gaceta Oficial de la Corte Centroamericana de Justicia*, nº 1, 1 de junio de 1995, p. 32.

de resolver los conflictos entre ambos ordenamientos como consecuencia de la integración de las normas comunitarias en el derecho interno pero manteniendo su condición de tales, y se establece sobre la base de las siguientes consideraciones: a) los Estados, al crear las comunidades con unos determinados fines, les han atribuido, para su cumplimiento, una serie de competencias que implican limitaciones a la propia competencia estatal; b) el carácter obligatorio y directamente aplicable que se otorga a las normas comunitarias no tendría sentido si tales efectos pudieran ser anulados o eludidos por los Estados; c) los Estados tienen la obligación de abstenerse de tomar medidas que puedan poner en peligro la realización de los objetivos comunitarios.[29]

El principio de primacía conlleva, en caso de conflicto de las normas comunitarias con las normas nacionales, a la inaplicabilidad del derecho interno, lo que tampoco impide que los Estados deroguen tales normas internas. Esta primacía del derecho comunitario es de carácter absoluto; por tanto, incluso respecto a las normas constitucionales.

La primacía del derecho comunitario se funda, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la naturaleza y en los propios caracteres del proceso integrador mediante una interpretación sistemática y teleológica o finalista de los tratados comunitarios (al igual que el principio de efecto directo).

3.4. Principio de la responsabilidad del Estado

Los Estados están obligados a reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación de normas comunitarias. Este principio se basa en que los particulares son sujetos de derecho comunitario y se apoya en las obligaciones de los Estados de asegurar la plena eficacia de las normas comunitarias y de proteger los derechos que éstas les atribuyen a los particulares, de adoptar todas las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, y de posibilitar a los particulares el hacer efectivos los derechos que se les reconocen, de modo que puedan obtener la reparación adecuada cuando tales derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable al Estado.[30]

El Dr. Jorge Antonio Giammattei Avilés agrega un nuevo principio al derecho comunitario: el de *seguridad jurídica*, el cual "exige que la legislación comunitaria sea precisa y su aplicación previsible para los justiciables y que todo acto de las

---

[29] Villarino Pinto: o. cit., p. 63. También véase Mireya Guerrero Gómez: "El sistema jurídico comunitario. Análisis y comentario del caso Félix Castillo Fernández (sentencia de la CCJ conforme a los principios y características del derecho comunitario europeo y centroamericano)", presentado en la Maestría sobre Procesos de Integración que imparte la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua-León (UNAN-León) y la Universidad de Alcalá (España), p. 17.

[30] Villarino Pinto: o. cit., p. 64.

Instituciones que produzca efectos jurídicos sea claro y preciso, y sea notificado al interesado de forma que éste pueda conocer con certeza el momento a partir del cual el citado acto existe y comienza a surtir efectos jurídicos".[31]

A continuación examinaremos la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Centroamericana de Justicia en relación con estos principios del derecho comunitario centroamericano. Debemos referirnos al artículo 3 del Convenio de Estatuto de la Corte, que establece: "La Corte tendrá competencia y jurisdicción propias, con potestad para juzgar a petición de parte y resolver con autoridad de cosa juzgada, y su doctrina tendrá efectos vinculantes para todos los Estados, Órganos y Organizaciones que formen parte o participen en el 'Sistema de la Integración Centroamericana', y para sujetos de derecho privado".

Una vez definido el carácter obligatorio de la doctrina del Tribunal de Justicia Centroamericano (Corte de Managua), mencionaremos los sujetos procesales que pueden acceder directamente a la Corte Centroamericana de Justicia:

a) los Estados miembros y, en su caso, cualquier otro Estado;
b) los poderes u órganos fundamentales de los Estados miembros en los casos contemplados en el Estatuto de la Corte;
c) los órganos u organismos del Sistema de la Integración Centroamericana, y
d) los particulares, sean personas naturales o jurídicas (artículo 3 de la Ordenanza de Procedimientos de la Corte).

También mencionaremos las competencias de la Corte, que según el Dr. Rafael Chamorro Mora, su presidente, es muy amplia y se puede clasificar en:

1) competencia internacional;
2) competencia de integración;
3) competencia consultiva;
4) competencia constitucional y
5) competencia arbitral.[32]

El artículo 22 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia se refiere a estas amplias competencias, a las que se les han añadido otras en virtud de tratados regionales como el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica (artículo 67) y otros instrumentos internacionales.

La Corte Centroamericana de Justicia, en el caso de la demanda del Estado de Nicaragua contra el Estado de Honduras, establece en el considerando IV de su sentencia:

---

[31] Giammattei Avilés: o. cit., p. 22.

[32] Rafael Chamorro Mora: *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Imprimatur, Managua, 2000, pp. 35-36.

Sobre el Derecho Comunitario y sus principios, según muchos doctrinarios de esta rama del Derecho, entre ellos Eduardo Vilariño Pintos, […] el derecho comunitario como un ordenamiento integrado en el sistema jurídico de los Estados Miembros, es una de las mas relevantes manifestaciones del proceso de integración y construcción europea, pues los sujetos de este derecho no son solo los Estados Miembros y las propias instituciones comunitarias, sino también las personas físicas y jurídicas públicas y privadas capaces de ser sujetos de derechos y obligaciones en los Estados Miembros.

Como sus principales características, tanto el citado autor como Guy Isaac, Aracely Mangas Martín, Diego J. Liñan Nogueras, Gregorio Garzón Clariana, Pierre Pescatore, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, y otros más, coinciden en que el Derecho Comunitario, tiene como principios rectores: su Autonomía, en cuanto tiene su propio ordenamiento normativo; su Aplicabilidad inmediata, en cuanto se convierte automáticamente en forma clara, precisa e incondicional, en normas de derecho interno de los Estados Miembros, sin necesidad que estos realicen acto alguno para incorporar las normas comunitarias a su derecho, sin que se confundan con éste último y que las autoridades nacionales tienen que aplicarlo obligatoriamente; su Efecto o Aplicabilidad Directa, en cuanto las normas comunitarias pueden crear por sí mismas derechos y obligaciones para los particulares, o imponer a los Estados Miembros su concreción y desarrollo para que sean plenamente eficaces; su Primacía, ya que las normas comunitarias ocupan un lugar prioritario con respecto a las normas nacionales, dado que su aplicación es preferente o prioritaria respecto al Derecho Interno de los Estados Miembros, primacía de carácter absoluto incluso respecto de las normas constitucionales, ya que no tendría sentido que sus efectos pudieran ser anulados o eludidos por los Estados; y, finalmente, el Principio de Responsabilidad del Estado, formulado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que afirma que los Estados están obligados a reparar los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación de las normas comunitarias. Este principio se genera sobre la base de que los particulares son sujetos del derecho comunitario "y se apoya en las obligaciones de los Estados de asegurar la plena eficacia de las normas comunitarias y de proteger los derechos que éstas le atribuyen a los particulares, de adoptar todas las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, y de posibilitar a los particulares el hacer efectivos los derechos que se les reconocen, de modo que puedan obtener la reparación adecuada cuando tales derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable al Estado" (Eduardo Vilariño Pintos). Todos estos principios han sido reconocidos en la doctrina contenida en las resoluciones 4-1-12-96 caso consulta PARLACEN-CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD de Guatemala; 2-24-5-95 caso consulta SICA-Protocolo de Tegucigalpa-ALIDES; 2-5-8-97 caso consulta SIECA-Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano; doctrina que, según el artículo 3 del Convenio de Estatuto de la Corte, tiene efectos vinculantes para todos los Estados, Organos y Organizaciones que formen parte o participen en el Sistema de la Integración Centroamericana, y para sujetos de Derecho Privado. Esto, además, según lo ha considerado la Corte Constitucional Italiana en el caso Frontini, en el año de mil novecientos setenta y tres, es un derecho que por su propia naturaleza debe tener vigencia en todas partes al mismo tiempo y conseguir aplicación igual y uniforme en las confrontaciones de todo los destinatarios. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o Tribunal de Luxemburgo, lo ha corroborado reiteradamente a partir de la sentencia COSTA-ENEL, del quince de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro, en donde no solo reafirma y desarrolla los principios anteriormente señalados, sino que además indica la obligatoriedad de las jurisdicciones nacionales de asegurar dichos principios, y ha establecido que cualquier pretensión de los Estados Miembros de hacer que sus criterios constitucionales prevalezcan sobre las normas de Derecho Comunitario es un

> fermento de dislocación, contrario al principio de adhesión al que los Estados se han sometido libre y soberanamente. Además, el Tribunal de Luxemburgo en su histórica sentencia Van Gend en Loos dejó claramente establecido que los Tratados Comunitarios confieren a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales deben salvaguardar no solamente cuando las disposiciones en cuestión los consideren expresamente como sujetos de derecho, sino también cuando imponen a los Estados Miembros una obligación bien definida. El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena también lo ha tenido por doctrina reiterada en los procesos 1-IP-87 2-IP-88 y 2-IP-90.

Y en la parte resolutiva establece:

> POR TANTO: La Corte Centroamericana de Justicia, en nombre de Centroamérica, por mayoría de votos, en aplicación de los artículos 1, 2, 3, letras f, g, h, i, j; 4 letras c, d, g, h, i,; 6, 7, 9, 10, 11, 12, 35 párrafo 2 del Protocolo de Tegucigalpa ; 1, 2, 3, 4, 5, 6, 22 letra c, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Convenio de Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia; y, 2, 3, 4, 5, 22, 23, 41, 42, 64 y 65 de la Ordenanza de Procedimientos, RESUELVE: I) Que el Estado de Honduras, al ratificar el "Tratado de Delimitación Marítima entre la República de Honduras y la República de Colombia", denominado "Tratado López-Ramírez", en la forma como lo ha efectuado y tal como se ha relacionado, ha infringido el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), en sus artículos 3, letras f, g, h, i, j; 4 letras e, d, g, h, i; 6 y 7; II) Que como consecuencia de dicha infracción el Estado de Honduras incurre en responsabilidad; III) Que La Corte se abstiene de determinar la cuantía que en concepto de reparación se reclama por la responsabilidad incurrida, por no haberse aportado la prueba respectiva que hubiera permitido cuantificarla. Notifíquese.[33]

También en el caso de la demanda del Estado de Honduras contra Nicaragua, la Corte Centroamericana de Justicia, en el Considerando VIII de su sentencia, establece:

> [No caben las contramedidas] entre Estados que forman parte de una comunidad en proceso de Integración, ya que en este último caso, lo que haga o deje de hacer un Estado en relación a un supuesto o evidente incumplimiento de otro Estado Miembro, afecta tanto a los estados involucrados como a los otros estados parte de la Comunidad que no lo están, así como también a la Comunidad de la que forman parte. Aceptar que en una Comunidad de Estados, uno o algunos de sus Estados Miembros pueden dictar o aplicar contramedidas en contra de otro u otros Estados Miembros por supuestas violaciones a la normativa comunitaria, es desconocer los compromisos comunitarios contraídos y desnaturalizar el proceso de integración en que se encuentran comprometidos. Es un principio esencial del Derecho Comunitario, que el incumplimiento por parte de uno o varios de los Estados Miembros de la normativa comunitaria, no justifica el que otro u otros de ellos también lo hagan.[34]

A manera de conclusión debo decir que sólo con un Tribunal de Justicia supranacional de carácter permanente e independiente que permita el acceso directo a los particulares y no sólo a los órganos, organismos e instituciones comunitarias; con normas comunitarias autónomas con efecto directo e inmediato y primacía con res-

---

[33] León Gómez Adolfo: *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia. Resoluciones precedentes. Votos disidentes*, UCA, Managua, 2002, pp. 343-345 y 362.

[34] Ibídem, pp. 396-397 y 399-400.

pecto a las normas nacionales, y Estados con disposición de acatar los fallos que emita la Corte Centroamericana de Justicia y cumplir con sus responsabilidades de reparar los daños causados a los particulares como consecuencia del incumplimiento de normas comunitarias, es que podríamos avanzar con éxito, como lo ha hecho el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la construcción de la Unión Centroamericana.

Bibliografia

ARRIGHI, Jean Michel: "Las relaciones entre el derecho internacional y los derechos nacionales: normas y jurisprudencia", en *Memoria del seminario sobre Aplicación de normas internacionales*, Granada (Nicaragua), 3-5 de septiembre de 1996.

CHAMORRO MORA, Rafael: *La Corte de Justicia de la Comunidad Centroamericana*, Imprimatur, Managua, 2000.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Las organizaciones internacionales*, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio: *Guía concentrada de la integración centroamericana*, Managua, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, San Salvador, 1999.

GUERRERO MAYORGA, Orlando: *Recopilación de textos básicos de derecho internacional público*, Somarriba, Managua, 1999.

GUY, Isaac: *Manual de derecho comunitario general*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991.

ICAZA GALLARD, Julio: *La Unión Centroamericana. Bases y requisitos constitucionales*, San Salvador, 1998.

KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Maynes), Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

LEÓN GÓMEZ, Adolfo: *Doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia. Resoluciones precedentes. Votos disidentes*, UCA, Managua, 2002.

MANGAS MARTÍN, Aracelis: "La Comunidad Europea y su patrimonio jurídico", Seminario de Derecho Comunitario, Corte Centroamericana de Justicia, Managua, 24 de noviembre de 1997.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: *Manual de derecho de la Comunidad Europea*, 3ª ed., DIJUSA, Madrid, 2000.

ULATE CHACÓN, Enrique: *Integración regional y derecho agrario comunitario europeo y centroamericano. (Por una política agrícola común para el desarrollo rural sostenible)*, Tesis para obtener el doctorado en la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e Perfezionamento (Pisa).

Ricardo Vigil Toledo (Ecuador) *

La cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur

Al profesor Ricardo Alonso García,
Universidad Complutense de Madrid.

1. Introducción

Tres de los países que son miembros natos de la Comunidad Andina —Bolivia, Perú y Venezuela— actualmente son, también, miembros asociados del Mercosur y tanto ellos como los dos restantes —Colombia y Ecuador— acaban de celebrar acuerdos parciales de complementación económica para formar un área de libre comercio con los países del Mercado Común del Sur (Mercosur), configurándose así, potencialmente, la creación de un Espacio Económico Sudamericano. A todo esto se suma el reciente pedido de México de incorporarse al Mercosur, con lo que, de formalizarse plenamente la incorporación de todos estos miembros asociados como miembros plenos, se estaría configurando un Mercosur mucho más amplio que el proyecto de Espacio Económico Sudamericano lanzado hace poco, cuando se celebró el Acuerdo CAN-Mercosur para tal efecto. Ya no podría ser un Mercosur, ya que México es parte del Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA), que incluye, al menos para estos efectos, a México, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá. En todo caso se podría tal vez llamar Espacio Económico Latinoamericano y se solucionaría el impasse, ya que México es un país tanto norteamericano como latinoamericano.

La solución de controversias en el derecho comunitario andino está confiada, en parte, a la Secretaría General de la Comunidad Andina, pero fundamentalmente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyo Tratado de Creación fue firmado

---

* Magistrado titular y ex presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Las opiniones vertidas en este ensayo son a título personal y no reflejan necesariamente la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. ‹vigiltoledo@msn.com›

en Cartagena de Indias, Colombia, el 28 de mayo de 1979 y modificado por el Protocolo de Trujillo, Perú, aprobado el 10 de marzo de 1996. En el Mercosur, por su parte, se confía a un proceso mixto, donde luego de una etapa precontenciosa la solución reposa en un tribunal arbitral *ad hoc* y en un Tribunal Permanente de Revisión (en adelante, TPR). Este último fue creado por el Protocolo para la Solución de Controversias, más conocido como el Protocolo de Olivos, adoptado durante la III Reunión Extraordinaria del Consejo del Mercado Común, celebrada el 18 de febrero de 2002 en la ciudad de Olivos, provincia de Buenos Aires, República Argentina.

Son dos sistemas de solución de controversias diferentes, ya que sirven a procesos de integración que tienen dos velocidades distintas. La naturaleza de estos procesos bien pueden ser identificada por su nombre; así, mientras en un caso es una *comunidad*, que ha logrado construir un ordenamiento jurídico propio, que trasciende por su institucionalidad a los acuerdos de cooperación y de libre comercio en la medida en que cuenta con un control jurisdiccional, el otro es un *mercado* que busca establecer un acuerdo que garantice la libre circulación de bienes y servicios aunque, bien es cierto, como el primer peldaño de un proceso de integración que se vislumbra no sólo económico y comercial sino, fundamentalmente, social y político, como lo recordó el ex presidente de Brasil Fernando Henrique Cardoso: "El Mercosur siempre tuvo, y continuará teniendo, una dimensión política que es parte esencial de su razón de ser. Está ligado a la democracia y al fortalecimiento del Estado de derecho en los países miembros". [1] El presidente actual, Luiz Inácio *Lula* da Silva, ha ratificado esta tesis en su última visita al Ecuador: "La Comunidad sudamericana de naciones será un gran espacio político y económico desde la Amazonía hasta la Patagonia". [2]

Sin embargo, como se trata de un acercamiento entre dos grupos subregionales que tienen características distintas en la profundización del proceso de integración, he escogido el término *cooperación* entre ambos tribunales, porque es el primer paso en la exploración de la creación de un mecanismo que pudiera llevar a una confluencia real de ambos en el mecanismo de la solución de controversias, aun cuando sea en una agenda limitada por el momento a aspectos económicos y comerciales en común, mediante la correspondiente atribución de ciertas competencias con respecto a ellas. Éste sería el primer paso para que en el futuro este mecanismo de cooperación pudiera erigirse como el garante del respeto al derecho comunitario de ambos bloques en su interpretación y aplicación a lo largo y lo ancho de todo el Espacio Económico Sudamericano.

El TPR es, sin duda, el producto de una transacción entre la opción de crear un Tribunal de Justicia Permanente, como el Tribunal de las Comunidades Europeas o el

---

[1] Fernando Henrique Cardoso: *O Brasil e o Mercosul*, citado por Carlos A. González Garabelli: *Proceso de integración Mercosur. Solución de controversias*, CIDSEP-Universidad Católica, Asunción, y Konrad Adenauer Stiftung, p. 111.

[2] *El Comercio*, Quito, 26 de agosto de 2004, p. A2.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA), o la de mantener sistemas de solución de controversias mediante tribunales arbitrales, contenidos en el Protocolo de Brasilia. Es por eso una creación novedosa que, sin desterrar los tribunales arbitrales *ad hoc*, otorga la facultad de revisión de dichos laudos arbitrales por el TPR en puntos de derecho, lo que lo asemeja a un verdadero tribunal de casación. Contiene además la posibilidad de que las partes puedan acudir directamente al TPR, obviando la primera instancia de los tribunales arbitrales *ad hoc*, lo que permite considerarlo como un tribunal permanente, pero no obligatorio, sino elegido por las partes, lo que le daría mayor solidez y solvencia. Esta concepción de un tribunal permanente voluntario es sumamente interesante, pues deja su destino en las propias manos del tribunal, ya que en última instancia serán la calidad y la sapiencia de sus fallos las que harán que esta alternativa se convierta en la única razonable, no por obligación impuesta por la ley sino por la libre elección de las partes en conflicto.

El carácter transaccional del TPR también se refleja en el artículo 3 del Protocolo de Olivos, cuando establece que el Consejo del Mercado Común podrá establecer "mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas del Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos", lo que ha quedado y ha sido materia de intenso debate en las Jornadas sobre la Contribución al Perfeccionamiento del Sistema de Solución de Controversias del Mercosur, del 9 al 14 de agosto en Asunción, Paraguay, al cual volveremos luego. Estas innovaciones en el mecanismo de solución de controversias contenidas en el Protocolo de Olivos, unidas a las declaraciones de los presidentes y sus representantes en la inauguración del Tribunal Permanente de Revisión el pasado 13 de agosto en Asunción, abren la posibilidad no sólo de profundizar el proceso de integración entre los miembros del Mercosur, reestableciendo la dimensión política que motivó su creación, sino acercándose de esa manera al esquema de integración vigente en la Comunidad Andina, lo que permitirá no sólo el establecimiento de un mecanismo de cooperación entre el TJCA y el TPR, sino que ello podría, eventualmente, desembocar en la creación de un Espacio Económico Sudamericano con un tribunal que lo sirva garantizando su legalidad, lo que sería impensable en un mero tratado de libre tránsito de mercancías.

Este ensayo analiza por separado, en forma sucinta, los métodos de solución de controversias existentes en la Comunidad Andina y en el Mercosur, y propone algunas reflexiones que coadyuven al diálogo y al empeño en la consolidación de un Espacio Económico Sudamericano, haciendo especial énfasis en el capítulo de solución de controversias, que es uno de los pilares en que reposa todo acuerdo de integración regional. A fin de explorar la posibilidad de este acercamiento, sea como un mecanismo de cooperación o de verdadera integración de ambos tribunales, aunque solamente en asuntos puntuales y en competencias limitadas, se sugiere finalmente identificar algunos temas sustantivos en la agenda comercial de ambos bloques que puedan ser materia de un tratamiento uniforme, el cual podría ser el eje para establecer una auténtica cooperación entre ambos tribunales.

2. El marco de integración en la Comunidad Andina

La Solución de Controversias en el Derecho Comunitario Andino está confiada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, cuyo Tratado de Creación fue suscrito en Cartagena de Indias (Colombia) el 28 de mayo de 1979 y modificado por el Protocolo de Trujillo (Perú), aprobado el 10 de marzo de 1996 y, en parte, a la Secretaría General de la Comunidad.

La creación del Tribunal fue fruto de un largo proceso que se inició en setiembre de 1971 por mandato de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y vino a culminar, 13 años después, a principios de 1984, cuando se instaló formalmente en su sede en la ciudad de Quito, Ecuador. Tiene 20 años de existencia, precedidos por 13 años de preparación. Su consolidación está sujeta a una lenta andadura, ya que, no obstante el tiempo transcurrido, hasta la fecha una gran mayoría de la población de los países que conforman la Comunidad Andina desconoce su funcionamiento; salvo parte de la comunidad comercial, especialmente la vinculada con el comercio exterior. Fernando Uribe Restrepo,[3] ex magistrado del Tribunal, piensa sin embargo que no fue una creación tardía sino prematura, y señala, en apoyo de su aserto, que "todo sistema de controversias —así sea uno que puede considerarse sofisticado y avanzado, como es sin duda la presencia de un Tribunal permanente— nunca es, por sí mismo, mejor o peor que otros sistemas alternativos. Deben tener en cuenta las características peculiares del proceso de integración al cual están llamados a servir".

En el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), antes de tomarse la trascendental decisión de su histórica implantación se hicieron varios estudios al respecto, a solicitud de la entonces Junta del Acuerdo de Cartagena, entre los que destaca el estudio intitulado "Los métodos para la solución de conflictos y para asegurar la vigencia del derecho en los procesos de integración económica". El Acuerdo de Cartagena, antes de sus modificaciones, contenía un mecanismo para la solución de controversias menos ambicioso, que consistía en negociaciones, buenos oficios, mediación y conciliación de acuerdo con el protocolo de ALAC de 2 de setiembre de 1967. Caso similar sucede en el proceso de institucionalización del Mercosur, especialmente en lo que se refiere al mecanismo de solución de controversias.

Ese derogado artículo del Acuerdo de Cartagena ha sido ahora sustituido por el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal que remite a éste, expresamente y de manera excluyente, todas las controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, al no permitir que los países miembros sometan controversia alguna a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento distinto de los contemplados en el Tratado de

---

[3] Fernando Uribe Restrepo: *Memoria del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, 1992, p. 232.

Creación del Tribunal. Esta provisión, inspirada en un dispositivo semejante al que rige para la Unión Europea, confirma así el monopolio de la solución de controversias por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al menos para las controversias entre los países miembros entre sí y los de los organismos del Sistema Andino de Integración entre sí y con los países miembros. Deja asimismo abierta la posibilidad para que, tanto los países miembros como las instituciones del sistema andino de integración en sus relaciones con terceros países puedan someterse voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal, situación ésta que hasta la fecha no se ha presentado.

Para auscultar la razón de haber elegido la opción de un tribunal permanente de justicia para la solución de las controversias, a diferencia de un sistema de arbitraje como el que rige en la OMC, en ALADI, en el NAFTA y el que regía en el Mercosur antes de la creación del TPR, habría que remitirse a las motivaciones políticas que, desde el inicio, llevaron a los países andinos a concebir la formación de una *comunidad*, más que como un acuerdo de libre comercio, como una verdadera integración que apuntara a una unión mucho más profunda. Existía entonces y persiste dicho ideal, el mismo que está plasmado en el propio Acuerdo de Cartagena —carta fundamental y verdadera constitución del sistema andino de integración— en su preámbulo con esta bella invocación: "Los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela […] RESUELTOS a fortalecer la unión de sus pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina […]", para concluir con lo que, a mi parecer, constituye el fundamento mismo de la integración andina: "CONSCIENTES que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia".

Lo que proyecta dicho preámbulo es la materialización de la voluntad del libertador Simón Bolívar expresada en su Carta de Jamaica y en el Congreso Anfictiónico de Panamá, que no es otra que una propuesta de integración con vocación no sólo económica y social sino sobre todo política.

Para darle forma a este proyecto de integración los legisladores andinos se inspiraron en las negociaciones que precedieron a la adopción del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y el Acero en Europa. Como es sabido,[4] los autores de esa piedra de toque de la actual Unión Europea, influidos por los negociadores alemanes, cuando se abordó el tema sensible de la solución de controversias rechazaron la idea de un tribunal arbitral y se decidieron por un órgano jurisdiccional; es decir, por un poder judicial dentro de la Comunidad que haría de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias, y en general de los particulares, sujetos justiciables de ese Tribunal.

---

[4] Guy Isaac: *Manual de derecho comunitario general*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 2000, p. 314.

En la Comunidad Andina se optó por ese modelo. De ahí que la estructura, las competencias y las atribuciones del órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina guarden tanta semejanza con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; y ello explica también que se siga de cerca el desarrollo de su jurisprudencia y que exista una relación mutua de cooperación entre ambos órganos jurisdiccionales. De otro lado, la naturaleza y las características del derecho comunitario andino son en lo fundamental idénticas al derecho comunitario europeo. Ambos derechos tienen bases jurídicas distintas al derecho internacional clásico, como bien anota Guy Isaac: [5] a) La justicia internacional es voluntaria. El sometimiento al juez arbitral está en función de la existencia de un compromiso arbitral, mientras que en el caso de la justicia comunitaria es obligatorio. El juez comunitario, al igual que los jueces nacionales, no puede renunciar a pronunciarse. [6] b) En la justicia comunitaria las personas naturales y jurídicas tienen acceso directo, lo que no sucede en la justicia internacional. c) Las sentencias internacionales sólo son obligatorias para los Estados en cuestión, mientras que en la comunitaria tienen fuerza ejecutiva en el territorio de los Estados miembros.

El derecho comunitario andino, para ser aplicado correctamente y de manera uniforme en el territorio de todos los países miembros, requería de la creación de un tribunal supranacional mediante una transferencia de poderes y competencias, originalmente reservados a los órganos jurisdiccionales nacionales. Es por eso que con el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se termina de configurar, luego del Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios, un verdadero derecho constitucional comunitario para aplicar e interpretar con exclusividad las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino; derecho que tiene primacía sobre el derecho nacional de los países miembros y que escapa al control de la constitucionalidad por parte de los tribunales constitucionales de cada Estado, como bien anota Allan Brewer Carías. [7]

En palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

> El Acuerdo de Cartagena y sus protocolos modificatorios junto con el Tratado que establece el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, constituyen el Derecho Primario Comunitario que crea una comunidad de duración indefinida, dotada de instituciones propias y de poderes derivados de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Países Miembros a la Comunidad en materias específicas. [8]

---

[5] Ibídem, p. 314.

[6] TJCE 12.7.1957, Algéra 7/56 y 3-7/57 Rec 118.

[7] Allan Brewer Carías: "Implicancias constitucionales en el proceso andino", en *Derecho comunitario andino,* PUCP, 2003, pp. 101 y ss.

[8] TJCA, sentencia en proceso 14-AN-2001.

Estos fundamentos, que recuerdan los de la célebre sentencia *Flaminio Costa*[9] del Tribunal de las Comunidades Europeas, imprimen el carácter constitucional de las atribuciones del Tribunal por la autolimitación soberana que al efecto hicieron los países miembros al adoptar dichos instrumentos de integración, amparados, por cierto, en el mandato constitucional de cada uno de sus respectivos países. Al suscribir y ratificar dichos instrumentos internacionales ratificaron asimismo su voluntad de construir una integración no sólo basada en vínculos de carácter económico sino dentro de un espectro más amplio, que incluyera aspectos sociales y políticos al igual que en la Unión Europea. Esto quedó ratificado con el último Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino, conocido como el Protocolo de Cochabamba, suscrito el 28 de mayo de 1996, donde el Acuerdo Subregional pasó a llamarse la Comunidad Andina, ratificándose así con un instrumento de derecho primario la vocación integracionista de sus países miembros.

La partida de nacimiento de un proceso de integración consiste, pues, en una transferencia de competencias y una limitación de poderes de los países que lo quieren conformar; de otro modo se establecería sólo un mecanismo de cooperación, que es lo que, en esencia, contienen los tratados internacionales y lo que normalmente se utiliza para acercar a países o grupos regionales antes de iniciar lo que puede llamarse, en propiedad, un proceso de integración. Es con la atribución o con la transferencia de competencias y poderes, aunque sea en un solo aspecto, que se inicia propiamente el proceso de integración, y es entendible y acertado que en un comienzo este acuerdo esté limitado exclusivamente a aspectos económicos, pero ello no desvirtúa sino que más bien refuerza la voluntad de integración, que necesariamente debe hacerse de manera paulatina y progresiva, incorporando en la agenda otros aspectos, como la agenda social, "que es la agenda de lucha contra la pobreza, la exclusión y la desigualdad", como lo anunció el entonces secretario general de la Comunidad Andina.[10]

El derrotero está indicado en el preámbulo del Acuerdo de Cartagena. Sin embargo, la implementación para alcanzar ese anhelo, su materialización para que incluya otros aspectos —como los sociales, los culturales y los políticos— debe quedar registrada en la parte dispositiva del derecho primario comunitario, cuando el tiempo así lo exija.

3. La solución de controversias en la Comunidad Andina

Como ha sido dicho, el Acuerdo de Cartagena atribuye la función jurisdiccional dentro del proceso de integración al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y,

---

[9] Sentencia del 15 de julio de 1964, asunto 6/64.

[10] XIV Consejo Presidencial Andino, Quirama (Colombia), palabras del secretario general de la Comunidad Andina, Guillermo Fernández de Soto, 27 de junio de 2003.

en parte, a la Secretaría General en la medida en que encarga a ésta la investigación administrativa, que es una fase precontenciosa pero de ineludible observancia para determinar la responsabilidad de los Estados partes en los casos de alegado incumplimiento del ordenamiento jurídico andino. De suyo, esta investigación, realizada como lo hace la Secretaría, de manera objetiva e imparcial, constituye, además del presupuesto procesal en las acciones de incumplimiento, una opinión sólida que debería merecer, por parte de los países miembros involucrados, una mayor atención para promover, en coordinación con la Secretaría, un mecanismo de conciliación, de buenos oficios para llegar a una solución sin necesidad de que la Secretaría deba recurrir a iniciar la acción de incumplimiento, que en la gran mayoría de los casos no es sino una formal aplicación de las conclusiones a que ha llegado la Secretaría en los dictámenes de incumplimiento. Sólo los casos en que verdaderamente se discuta un problema de interpretación jurídica deberían llegar al Tribunal de Justicia y no considerar a éste como una instancia más para dilatar el cumplimiento de la normativa comunitaria conculcada. En otras palabras, el inicio de la acción ante el órgano jurisdiccional debería estar reservado tan solo para aquellos casos que ofrezcan una duda razonable que deba ser dirimida.

3.1. La Secretaría General de la Comunidad Andina

Es el órgano ejecutivo y administrativo del acuerdo subregional andino, carácter que le ha sido otorgado por el Acuerdo de Cartagena y que le confiere facultades cuasijurisdiccionales, como también cuasilegislativas en algunas materias vinculadas a lo que se debe entender por requisitos de origen, por gravámenes y restricciones en el comercio intracomunitario pero, fundamentalmente, se le atribuye la función de "velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina […]". [11] En el propio Tratado de Creación del Tribunal de Justicia está previsto el procedimiento para el trámite de las controversias ante la Secretaría General, cuyo reglamento está contenido en la decisión 425 que norma los procedimientos administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Los procedimientos llevados a cabo ante la Secretaría General se rigen por los principios de legalidad, economía y celeridad procesal, igualdad, eficacia, transparencia, y están sujetos a las formalidades establecidas en las normas antes citadas.

Las decisiones o conclusiones a las que llegue la Secretaría en cada procedimiento se expresan mediante resoluciones. Éstas deben indicar el órgano emisor, las disposiciones legales en que se basan, los fundamentos de hecho y de derecho, señalar los alegatos, si fueron presentados, la medida dictada y la fecha de emisión, y contener la firma del secretario general y el sello de la Secretaría General.

---

[11] Artículo 30 literal *a* del Acuerdo de Cartagena.

Cada caso analizado presenta características particulares, señaladas en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General, ya sea que se trate de un procedimiento o bien por incumplimiento o para calificación de gravámenes, etc.; todos tienen en común el hecho de que la labor de la Secretaría General se inicia con la apertura de la investigación del caso y, de considerarlo pertinente, luego de realizadas ciertas indagaciones, la remisión de observaciones por escrito al país miembro presunto infractor, fijándole un plazo para que responda. Una vez recibida la respuesta o vencido el plazo para hacerlo, la Secretaría General debe pronunciarse mediante dictamen motivado.

Las resoluciones son publicadas en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*. Una vez publicadas, los países miembros deberán cumplir de manera inmediata lo indicado en ellas, con base en la naturaleza misma de la norma comunitaria, que es no sólo supranacional, sino que su ejecución es inmediata y con preeminencia de cualquier norma nacional (excepto si la propia resolución señala una fecha posterior de entrada en vigencia). En caso de incumplimiento, la Secretaría General, a petición de parte o de oficio, puede acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina e iniciar la fase contenciosa en una acción de incumplimiento, a fin de exigir la restauración del derecho conculcado y el cumplimiento de las obligaciones.

Una vez agotada la etapa administrativa o precontenciosa ante la Secretaría General, la tutela jurisdiccional del derecho comunitario andino queda confiada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que tiene la misión de garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario, [12] al cual se puede recurrir básicamente a través de cuatro acciones judiciales concretas**.**

Sin embargo, como se ha dicho líneas arriba, ni el Tratado ni el Estatuto descartan la posibilidad de ejercer un mecanismo prejudicial de consultas o buenos oficios por parte del secretario general de la CAN con los representantes diplomáticos de los países miembros concernidos a fin de evitar el procesamiento de casos de incumplimiento, sobre todo los que resultan obvios desde la misma emisión del dictamen y aun antes, desde el mismo inicio de la investigación.

3.2. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En la Declaración de Presidentes de Bogotá, en 1978, los mandatarios expresaron la necesidad de crear el Tribunal Andino de Justicia, señalando las competencias que deberían corresponderle teniendo en consideración que "los avances registrados

---

[12] El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina comprende el Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia; las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y los convenios de Complementación Industrial.

en el proceso de integración andina demuestran la impostergable necesidad de disponer de un órgano jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los países miembros e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo". Con esa declaración quedó plasmada la voluntad política de los países miembros para constituir el Tribunal con las competencias que luego se incluirían en el Tratado de Creación del Tribunal y se aumentarían en sus protocolos modificatorios.

El Tribunal está integrado por cinco magistrados, quienes deberán ser nacionales de origen de los países miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. Gozan de absoluta independencia y no pueden desempeñar otras actividades profesionales, remuneradas o no, excepto las de naturaleza docente. Son elegidos por unanimidad de los países miembros, de ternas presentadas por cada país miembro, por un período de seis años. Gozan de las inmunidades y privilegios que corresponden a un jefe de misión.

El Tribunal es competente para conocer de cinco tipos de acciones: de nulidad, de incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad y demanda laboral, y además tiene atribuida una competencia arbitral para dirimir las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos o convenios suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros.

3.2.1. La acción de nulidad

Con esta acción se busca ejercer el control y la fiscalización de los actos comunitarios, declarando la nulidad de las decisiones, resoluciones y convenios que sean dictados en contravención de las normas del ordenamiento jurídico andino, incluso por desviación de poder. Esta acción se basa en la tutela y el control de la legalidad y, como en el caso del derecho comunitario europeo, su origen, al igual que la acción de incumplimiento y el recurso por omisión, es una transposición de las competencias del Consejo de Estado francés en el procedimiento contencioso administrativo.[13]

Al respecto, el Tribunal ha señalado: "El control judicial de la legalidad busca que prime la seguridad jurídica como base para el fortalecimiento del sistema de integración".[14]

---

[13] Isaac: o. cit., p. 315.

[14] Sentencia dictada en el proceso 14-AN-2001, *César Moyano B. contra artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina*, publicada en GOAC nº 773 de 18/3/2002.

Esta acción puede ser intentada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los países miembros y las personas jurídicas o naturales cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos sean afectados. Los requisitos para las personas naturales y jurídicas han sido flexibilizados mediante jurisprudencia, señalándose: "[…] esta concepción amplia de participación de los particulares, sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio, por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas 'afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos'".

La norma vigente es, pues, mucho más abierta que la del tratado original, al manifestar que sólo es necesario acreditar que la norma impugnada pueda afectar al particular, sea en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos. En el caso que definió esta competencia, el accionante alegó, y a juicio del Tribunal demostró, la afectación en cuanto a su interés legítimo, basando su fundamento en su condición de abogado en el ejercicio de su profesión y de ciudadano sujeto al régimen jurídico establecido en las normas comunitarias objeto de la demanda. Nada dijo, es cierto, respecto del derecho subjetivo posiblemente afectado, pero no estaba obligado a hacerlo en la medida en que la norma que lo faculta sólo exige para acreditar la titularidad de la acción que se demuestre uno cualquiera de los elementos o factores que acrediten la titularidad: o el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo.

En dicho caso el Tribunal ha expresado:

> En el caso de la acción de nulidad la reforma para consagrar esta concepción amplia de participación de los particulares sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas "afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos".
>
> El particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar, por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares "tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino".

Con esta sentencia el Tribunal ha demostrado que el ordenamiento jurídico comunitario andino es en este sentido mucho más liberal que el de las Comunidades Europeas, donde el Tratado constitutivo limitó el acceso de los particulares a la justicia comunitaria al no reconocerles el derecho a impugnar los actos de carácter general de las instituciones comunitarias.[15]

---

[15] Marta Ortega: *El acceso de los particulares a la justicia comunitaria,* Ariel Practicum, Barcelona, 1999, p. 225.

Esta acción debe ser intentada dentro de los dos años siguientes a la fecha de la entrada en vigencia del acto denunciado. Con la interposición de esta acción no se afecta la eficacia o vigencia de la norma impugnada. Sin embargo, como medida cautelar puede solicitarse la suspensión. El Tribunal señalará en la sentencia los efectos en el tiempo de la sentencia impugnada.

3.2.2. La acción de incumplimiento

Cuando se considere que la conducta de un país miembro es contraria al ordenamiento jurídico comunitario, podrá intentarse esta acción a fin de que se dé cumplimiento a los compromisos adquiridos en el marco de la integración andina.

El Tribunal ha sostenido que "[…] a través de dicha acción, se persigue garantizar la observancia de los objetivos del proceso de integración dentro de la Comunidad Andina, mediante la verificación del cumplimiento de los compromisos que han asumido los Países Miembros desde la firma del Acuerdo de Cartagena. Este Tribunal asegura la observancia de la normativa jurídica andina así como el control de la legalidad del sistema, de acuerdo con lo previsto en su Tratado de Creación, que lo consagra como el Órgano Jurisdiccional de la Comunidad, con competencias para declarar e interpretar uniformemente el derecho comunitario y dirimir las controversias que surjan del mismo".[16]

Esta acción puede intentarse por la Secretaría General, los países miembros y en algunos casos por personas naturales o jurídicas, cuando el presunto incumplimiento pudiera afectar sus derechos subjetivos. A solicitud de parte interesada, el Tribunal, antes de dictar sentencia, puede suspender temporalmente la medida que supuestamente incumple con el ordenamiento jurídico.

En cuanto a los requisitos que deben cumplirse para el ejercicio de la acción, el Tribunal de Justicia ha señalado:

> Anteriormente se ha expresado que para que se pueda incoar válidamente la acción de incumplimiento, deben satisfacerse previamente algunas exigencias legales, como son las que derivan de lo dispuesto por los artículos 23 y 24 del Tratado de Creación del Tribunal, y que nuevamente se resumen, con el objeto de precisar si ellas fueron observadas en este Proceso: a) La nota de observaciones o pliego de cargos dirigido por la Secretaría General al País Miembro inculpado de incumplimiento en la que se le hacen saber las circunstancias de hecho y de derecho que configuran la conducta objeto de censura; b) La oportunidad procesal que debe otorgarse al País Miembro para rendir explicaciones o para corregir o enmendar su conducta; y, c) el dictamen de incumplimiento, de ser el caso.
>
> Jurisprudencialmente se ha establecido, además, que debe existir correspondencia entre las razones del incumplimiento aducidas en la nota de observaciones y las contenidas en el dictamen de incumplimiento y, por supuesto, entre éstas y las que sirven de fundamento a la demanda.

[16] Sentencia dictada dentro del proceso 52-AI-2002, *Secretaría General c/ República Bolivariana de Venezuela*, publicada en GOAC nº 990 del 1/10/2003.

> Como presupuesto procesal de la acción de incumplimiento se establece la necesidad de agotar, ante la Secretaría General y también por parte de ésta, unos actos prejudiciales semejantes a los que constituyen el «agotamiento de la vía gubernativa» en los ordenamientos jurídicos nacionales. Tres son los pasos previos a la interposición de la demanda ante el Tribunal, bien sea que ésta la proponga la Secretaría General o bien que la formule alguno de los Países Miembros: Primero, la formulación de observaciones por escrito, hecha por la Secretaría General al País Miembro al que se imputa el incumplimiento (observaciones que se formulan de oficio, o por reclamo que presente un País Miembro o personas particulares). Segundo, la respuesta del país cuya conducta es objeto de las observaciones, la cual deberá realizarse dentro de un plazo que no excederá de dos meses. Y, tercero, la elaboración y emisión de un dictamen por la Secretaría General, el cual puede ser de incumplimiento, en el caso de que así resulte cuando el País Miembro inculpado no haya dado respuesta a las observaciones o que éstas no sean satisfactorias; o, correlativamente, de cumplimiento si las explicaciones rendidas así lo ameritan.
>
> En efecto, con el objeto de garantizar al País Miembro inculpado el derecho de defensa, tanto en la etapa prejudicial ante la Secretaría General como en el proceso ante El Tribunal, la jurisprudencia de éste ha señalado que las razones fundamentatorias del incumplimiento que se impute al País Miembro tanto en la nota de observaciones como en el respectivo y posterior dictamen, guarden congruencia entre sí y con la demanda que llegare a intentarse ante el Tribunal Andino para iniciar la subsiguiente vía judicial. Ha dicho […] "para este Tribunal Andino basta con que a su juicio exista suficiente congruencia en los tres momentos procesales, para que así se esté asegurando la unidad del objeto de la acción y garantizando el derecho de defensa del país vinculado como sujeto pasivo a la controversia". [17]

Si en la sentencia la conducta del país miembro es declarada como de incumplimiento, éste quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución en un plazo no mayor de 90 días. De no ser así, se abrirá el procedimiento sumario por desacato, en el cual el país acusado podrá demostrar si ha cumplido o no con la sentencia dictada. De no haber cumplido, se podrá autorizar la imposición de sanciones por el resto de los países miembros.

El acceso de los particulares a esta acción es más limitado del que tienen con respecto a la acción de nulidad, pues a diferencia de aquél, en el que sólo es necesario acreditar un interés legítimo, en el caso de las acciones de incumplimiento es menester acreditar que el incumplimiento afecta un derecho subjetivo del accionante, como lo dispone el artículo 25 del Tratado.

Así el Tribunal de Justicia ha manifestado:

> Que la acción de incumplimiento sólo puede ser ejercida por quien se afirme titular de un derecho, y que la carga de probar en autos la afectación del citado derecho incumbe al actor;
>
> Que el recurrente en el presente caso no fundamentó su acción en la afectación de su derecho, como lo exige el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, sino en la presunta titularidad de un interés legítimo, razón suficiente para ejercer la acción de nulidad, pero no bastante para ejercer la de incumplimiento;

---

[17] TJCA, proceso 07-AI-99 del 12 de noviembre de 1999.

> Que no obra en autos elemento alguno demostrativo de la afectación de los derechos del recurrente, como lo exige el artículo 49, literal b, del Estatuto del Tribunal;
>
> Que el recurrente no denunció in concreto la violación de norma comunitaria alguna, y que tampoco invocó norma expresa en apoyo de sus alegatos, relativos al derecho a la tutela de los particulares en virtud de las iniciativas y riesgos que están llamados a asumir, y a la inexigibilidad del perjuicio como presupuesto de la acción de incumplimiento.

3.2.3. La interpretación prejudicial

Se conoce como la pieza clave del sistema jurisdiccional de la Comunidad Andina por cuanto mediante dicho mecanismo el Tribunal asegura la aplicación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Esta acción es de colaboración entre el juez nacional y el juez comunitario.

El Tribunal se limita a precisar el contenido y alcance de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, referida al caso concreto, sin interpretar el contenido y alcance del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso.[18]

La interpretación que realice el Tribunal tiene carácter obligatorio. Así lo indica tanto el Tratado como el Estatuto: "El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal".[19]

Lo resuelto por el Tribunal Andino vincula al juez nacional solicitante de la interpretación y a los demás jueces que conozcan del proceso por cualquiera de los recursos que llegue a su conocimiento y decisión, en el sentido de que deberán dar a la normativa comunitaria, dentro del litigio nacional, el significado recogido y decidido por el Tribunal.

Las consultas pueden ser facultativas y obligatorias. La primera se refiere a que: "Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recurso en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso".[20]

Mientras que en la obligatoria, "De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Co-

---

[18] Artículo 34 del Tratado de Creación del Tribunal.

[19] Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 35. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, artículo 127.

[20] Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina, artículo 121.

munidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal". [21]

Esta acción resulta fundamental para garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en el territorio de todos los países miembros. La relación por lo tanto entre el juez nacional y el comunitario es una relación inter pares que deben cooperar entre sí. Es necesario recordar en apoyo de este aserto que, según lo señalan los artículos 32 y 34 del Tratado de Creación del Tribunal, es de competencia del órgano supranacional la interpretación prejudicial de las normas de la Comunidad, mientras que la aplicación de dichas normas a los hechos de cada causa es de competencia exclusiva de los jueces nacionales de cada país miembro.

3.2.4. El recurso por omisión o inactividad

Este recurso tiene por objeto "hacer cesar la inactividad y compeler, ya sea al Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, a la Comisión o a la Secretaría General, cuando se encuentren en situación de incumplimiento de una actividad a que estuvieren obligados expresamente por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, a cumplir con su conducta de emitir el pronunciamiento". [22]

Puede ser intentada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión, la Secretaría General, los países miembros y las personas naturales y jurídicas. Antes de recurrir al Tribunal, debe requerirse por escrito al órgano correspondiente el cumplimiento de la actividad omitida.

Dentro de los treinta días siguientes a la admisión del recurso y una vez que se pidan explicaciones al representante del órgano acusado, el Tribunal emitirá la sentencia que corresponda.

3.2.5. La acción laboral

Ésta se refiere a la solución de controversias que puedan ocurrir por una relación de trabajo entre los órganos del Sistema Andino de Integración y sus funcionarios o empleados. Previamente deberá el afectado requerir a sus empleadores sus derechos laborales. Luego de contestada la demanda, se convocará a las partes a una audiencia de conciliación.

En estos casos se aplicarán los principios generales del derecho laboral. La acción prescribe a los tres años contados desde el acto que origina el reclamo.

En todos los casos, las decisiones tendrán fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada. Los únicos recursos de los que serán objeto las sentencias serán enmienda, aplicación, aclaración y revisión.

---

[21] Estatuto del Tribunal de la Comunidad Andina, artículo 122.

[22] Sentencia dictada dentro del proceso 70-RO-2003, *República del Perú c/ Secretaría General*.

3.2.6. La función arbitral

El Tribunal es competente para ejercer función arbitral dirimiendo, mediante arbitraje, controversias ocurridas por la aplicación o interpretación de contratos, convenios suscritos entre órganos del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros cuando así sea acordado por las partes.[23] Hasta la fecha, sin embargo, el Tribunal no ha tramitado ninguna causa arbitral en este sentido.

4. La solución de controversias en el Mercosur

El Mercosur, creado por el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, si bien tuvo como objetivo fundamental la construcción de un mercado común para lograr la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, y el establecimiento de un arancel externo común, esto no constituyó un fin en sí mismo; al igual que en la Comunidad Andina, ello constituía un primer paso hacia el establecimiento de una integración más profunda que la meramente comercial, que incluyera su verdadera dimensión política. De ahí las expresiones del presidente de Brasil cuando la declaración conjunta entre Brasil y Argentina, que hemos mencionado. Lamentablemente estos objetivos más profundos se vieron tamizados en el Tratado de Asunción, que fue "más conservador o prudente y menos idealista que el que inspiró inicialmente los Acuerdos entre Argentina y Brasil".[24]

Sin embargo, la idea primigenia ha sido rescatada últimamente, no sólo en las declaraciones de los presidentes sino en sus actos, especialmente con la histórica instalación del TPR, que permite vislumbrar la construcción de una verdadera integración de ambos bloques regionales con la creación de un Espacio Económico Sudamericano, como primer paso de una integración más profunda, lo que se materializaría mediante la adopción de una normativa común, con sus mismas características intrínsecas y con la creación de un órgano jurisdiccional, independiente, que garantice su legalidad. Si la verdadera vocación hubiera sido la creación tan solo de un espacio económico para garantizar el libre tránsito de mercancías y servicios, no habría sido necesaria la creación de un Tribunal Permanente de Revisión ni tampoco iniciar un mecanismo de cooperación entre el TPR y el TJCA.

4.1. El sistema de solución de controversias en los protocolos de Brasilia, Ouro Preto y Olivos

El 26 de marzo de 1991, el Tratado de Asunción constituyó el Mercosur, que, como se ha dicho, tuvo por finalidad no sólo la libre circulación de bienes, servicios

---

[23] Artículo 38 del Tratado de Creación del Tribunal.

[24] González Garabelli: o. cit., p. 119.

y factores productivos mediante una unión aduanera y un arancel externo común, sino la adopción de una política comercial común y el compromiso de armonizar sus legislaciones para el fortalecimiento del proceso de integración común. El 17 de diciembre de 1991 se adoptó el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias entre los países del Mercosur, para reemplazar el anexo III del Tratado de Asunción, que si bien fue sustituido por el Protocolo de Olivos, del 18 de febrero de 2002, este último toma como base muchos aspectos del Protocolo de Brasilia que es menester anotar para precisar, en sus rasgos generales, el mecanismo de solución de controversias vigente en el Mercosur al día de hoy.

De acuerdo con el Protocolo de Brasilia, los Estados partes que mantienen una diferencia deben recurrir en primer lugar a las negociaciones directas con el propósito de intentar una solución por la vía administrativa al Grupo Mercado Común (GMC). Si ésta no dieran resultado, cualquiera de las partes puede someterla a la consideración del GMC, el cual podrá pedir el asesoramiento de expertos, quienes elevarán sus conclusiones al GMC y éste formulará recomendaciones a los Estados miembros para solucionar el diferendo. Este trámite se efectúa ahora ante la Comisión de Comercio del Mercosur, de conformidad con el Protocolo de Ouro Preto. Cuando la controversia no pueda solucionarse mediante las negociaciones directas o la intervención del Grupo Mercado Común, cualquiera de los Estados partes podrá comunicar a la Secretaría Administrativa su intención de recurrir al procedimiento arbitral.

4.1.2. Negociaciones directas

Los Estados partes en una controversia deben informar al Grupo del Mercado Común a través de la Secretaría Administrativa sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de éstas, las que no podrán exceder de un plazo de 15 días. Si no se llega a ningún acuerdo o si la solución fuera sólo parcial, cualquiera de las partes puede someterla a consideración del Grupo Mercado Común, el que dará una oportunidad a las partes en la controversia para que expongan sus diferencias con el asesoramiento de expertos seleccionados, si se estima necesario, y al término de este procedimiento formulará recomendaciones a los Estados partes tendientes a la solución del diferendo.

4.2. El tribunal arbitral ad hoc

Si la controversia no se ha podido solucionar mediante negociación directa, cualquiera de los Estados partes en la controversia puede comunicar a la Secretaría su intención de recurrir al procedimiento arbitral que tendrá, *ipso facto*, jurisdicción obligatoria. El tribunal se compone de tres árbitros, dos nombrados por cada una de las partes y de común acuerdo un tercer árbitro que no podrá ser nacional de los Estados partes en la controversia y que lo presidirá. Los árbitros actúan con total

independencia y sus fallos pueden ser adoptados por mayoría. Los árbitros decidirán la controversia sobre la base de las disposiciones del Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco de éste, de las disposiciones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común, así como de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia.

Los laudos se aprueban por mayoría y son suscritos por el presidente y los demás árbitros. Los miembros del Tribunal no pueden fundamentar votos en disidencia y deberán mantener la confidencialidad de la votación.

El Protocolo de Olivos, si bien tiene muchas disposiciones similares al Protocolo de Brasilia, contiene algunas diferencias importantes. Así, aumenta la lista de árbitros de diez a doce miembros por cada Estado parte; señala que los tribunales aprobarán sus propias reglas de procedimiento con base en las reglas modelo aprobadas por el Consejo del Mercado Común, pero sobre todo, crea una instancia de revisión de los laudos arbitrales ante el TPR y permite el acceso directo de las partes al TPR sin necesidad de agotar la instancia del tribunal *ad hoc*.

Es bien conocido que en el Mercosur no existe la supranacionalidad, que es privativa de sistemas de integración más profundos como la Unión Europea y la Comunidad Andina; sólo existe una intergubernabilidad o interestatalidad. Se afirma, sin embargo, que "puede existir una supranacionalidad gradual y en un proceso de integración interestatal se pueden presentar determinados caracteres de supranacionalidad, como sería el caso de los Tribunales Ad Hoc en el Mercosur y en tal sentido se puede lograr la conversión paulatina de interestatalidad en supranacionalidad". [25] Lo cierto del caso es que la diferencia entre el carácter y la obligatoriedad de las normas comunitarias difiere sustancialmente en el caso del Mercosur respecto de las que conforman el ordenamiento comunitario andino, tanto el derecho primario como el secundario, y esta diferencia fundamental hace que sea más complicada la cooperación entre ambos bloques regionales.

El objeto de la controversia debe quedar determinado por los escritos de presentación y respuesta; no podrá ser modificado luego. El tribunal *ad hoc* también está facultado para dictar medidas provisionales cuando existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación pueda ocasionar daños irreparables a cualquiera de las partes.

4.3. La revisión de los laudos y el acceso directo al TPR

El TPR es el paso más firme hacia la profundización del proceso de integración en el Mercosur, aun cuando fue fruto de una transacción y por eso no contiene las características de que gozan tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como el TJCA.

---

[25] Ibídem, p. 187.

El TPR es un mecanismo alterno en la solución de controversias, ya que el Protocolo de Olivos, que lo creó, permite que el asunto materia de la controversia pueda ser también ventilado en el "sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean parte individualmente los Estados Partes del Mercosur", en forma alternativa, que una vez elegida se convierte en obligatoria.

El Protocolo de Olivos creó, además, la institución de las opiniones consultivas del TPR, que se asemejan a las interpretaciones prejudiciales de los TJCE y TJCA, y otorgó mandato al Consejo del Mercado Común para que definiera su alcance y sus procedimientos. Ésta es otra creación que acerca aún más la posibilidad de cooperación entre el TPR y el TJCA y fortalece el proceso de integración en la medida en que un bien ordenado sistema de opiniones consultivas no sólo puede garantizar la aplicación uniforme del derecho comunitario en todo el territorio del Mercosur, sino propiciar un acercamiento real entre ambos tribunales para asegurar una interpretación uniforme en todo el Espacio Económico Sudamericano, aunque, bien es cierto, en limitadas competencias.

El aspecto más importante del Protocolo de Olivos es haber permitido la revisión del laudo de los tribunales arbitrales por el TPR. El origen de esta creación fue la posibilidad de que pudieran coexistir laudos arbitrales contradictorios e impedir de esa manera contar con una jurisprudencia que permitiera una interpretación uniforme del derecho comunitario, que es lo que asegura tanto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como el TJCA mediante la consulta prejudicial.

El TPR actúa como un verdadero tribunal de casación en el caso de la revisión de los laudos librados por los tribunales arbitrales *ad hoc*, y como tribunal ordinario permanente de última instancia cuando las partes acuerdan voluntariamente someter la solución de sus diferencias directamente al TPR. En este caso tiene las mismas competencias que los tribunales arbitrales *ad hoc*. Hay que señalar, sin embargo, que los laudos de los tribunales *ad hoc* dictados con base en los principios *ex aequo et bono* no son susceptibles de recurso de revisión ante el TPR.

5. La Cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur

Cabe recordar aquí lo dicho en la introducción, citando las palabras de Fernando Uribe Restrepo, ex presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el sentido de que no existe un sistema de solución de controversias mejor o peor que otro. La opción de elegir entre un sistema de solución de controversias basado en un tribunal de justicia permanente o en un tribunal arbitral está necesariamente vinculada a la decisión política sobre la dimensión de la integración que se pretende alcanzar. Una integración profunda que incluya no solamente aspectos económicos sino también sociales, culturales y políticos requiere para consolidarse de un tribunal

permanente que se erija como guardián de la legalidad del acuerdo político que da nacimiento a dicha comunidad de derecho. Un sistema de solución de controversias distinto del que ejerce un órgano jurisdiccional comunitario es impensable dentro de un esquema de integración política en el que ha existido una transferencia de atribuciones y competencias a un organismo independiente como guardián de la legalidad de un ordenamiento jurídico comunitario.

Así, si solamente se busca un acuerdo de libre comercio, es decir, una libre circulación de mercaderías, no haría falta pensar en la creación de un tribunal de justicia permanente; bastaría para tal efecto el mecanismo de solución de controversias actualmente vigente para los países de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) o, en todo caso, el que existe según las normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC), de la cual todos los países en cuestión son miembros de pleno derecho, o el existente en los tratados de complementación económica que se han celebrado entre los países del Mercosur con los de la Comunidad Andina.

Se mantendría así el *statu quo* para los países que conforman la Comunidad Andina, que respecto del comercio intracomunitario andino tendrían el de la jurisdicción obligatoria de su Tribunal, y los países del Mercosur, en sus relaciones internas, los tribunales arbitrales *ad hoc* con revisión por el TPR, o directamente ante el TPR, mientras que en sus relaciones extracomunitarias se regirían, en cada caso, por el sistema arbitral previsto en el Acuerdo CAN-Mercosur.

Si bien esta fórmula, guiada por el pragmatismo, resulta en apariencia apropiada, en la práctica puede arrojar muchos y variados problemas, pues ¿qué pasaría con aquellos países como Bolivia, Perú y Venezuela que pertenecen a ambos bloques regionales y que tienen su comercio intracomunitario regulado por un sistema de solución de controversias distinto del de sus socios del Mercosur? ¿Tendrían reglas de juego distintas en cada caso? ¿Qué pasaría si las interpretaciones sobre lo que constituye una salvaguardia, un gravamen o una restricción difieren en ambos casos? Creo que se estaría propiciando una situación caótica; tal vez más ordenado habría sido mantener dos sistemas que convivieran separadamente: para los países andinos el consagrado en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; para los del Mercosur, el vigente según el Tratado de Brasilia, modificado por el Protocolo de Olivos; y respecto de los unos frente a los otros, las reglas de ALADI o de la OMC.

5.1. Novus actus interviniens

La incorporación de Bolivia, Perú y Venezuela como miembros asociados del Mercosur *ad hoc* y la inminente incorporación de México, y por otro lado la histórica implantación del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, constituyen elementos nuevos que han actuado como un verdadero catalizador creando una situación que afecta el *statu quo* que venían gozando ambos grupos subregionales y los ha

impulsado a la profundización del proceso de integración hacia la creación de un Espacio Económico Sudamericano o, incluso de un Espacio Económico Latinoamericano con el ingreso de México. Estos nuevos espacios en ciernes deben tener reglas claras en cuanto al mecanismo de solución de controversias, que se erige como un factor central de este proceso.

Con el Protocolo de Olivos y la creación del TPR se ha encendido un gran faro de esperanza para la verdadera integración latinoamericana, que debe ser mucho más que un acuerdo para la libre circulación de mercaderías y servicios. Es menester por ello abrir la discusión y proponer las modificaciones o innovaciones que permitan consolidar esta auténtica vocación que, si bien se inicia con un tratado sobre libre tránsito de mercancías, no hay que concluir que ello constituya un fin en sí mismo sino solamente un primer paso en el camino hacia la consolidación de una Unión Sudamericana. Hay, sin embargo, varios problemas que habría que considerar para darles solución.

5.1.1. Las diferentes velocidades en el proceso de integración

El primer problema que se presenta es que los países que conformarían este hipotético Espacio Económico Sudamericano o Latinoamericano han impuesto diferentes velocidades a sus respectivos procesos y, en consecuencia, hay que armonizar esas velocidades. Pueden nivelarse hacia arriba o hacia abajo, y ello constituye una opción política que se encuentra pendiente.

Una muestra de la profundización y de su nivelación hacia arriba es, sin duda, la constitución del TPR, pero la asimetría en el desarrollo de los países que conforman el Mercosur, por un lado, junto con la falta de recursos en general que impiden una adecuada política de fondos de cohesión que permitan eliminar estas diferencias, constituyen obstáculos tanto o más insalvables que los que tuvo que enfrentar el entonces Mercado Común Europeo, luego Comunidad y ahora Unión Europea, basados en las diferencias de cultura, idioma, sistemas económicos y jurídicos, todas las cuales han podido trasponerlas gracias a una vocación política irreversible acompañada de la firme convicción de que la unión era el único camino de evitar la conflagración que destrozó Europa en las dos guerras mundiales. El pensamiento de los padres de la Comunidad Europea, iluminado por esa firme convicción, y la generosidad de compartir la prosperidad fueron catalizadores de esa maravillosa transformación en la Europa actual, cuyo modelo ha seguido, no sin tropiezos, la Comunidad Andina y que consolidó con la histórica creación de su Tribunal de Justicia permanente hace 25 años.

Al momento de escribir estas líneas leo que este problema ha sido debidamente identificado por los dos países más desarrollados. Argentina y Brasil han propuesto al respecto la creación de un fondo para eliminar estas asimetrías, idea a la que se ha sumado el presidente de Venezuela.

5.1.2. El apoyo político a los tribunales permanentes

De otro lado, como hemos podido constatar luego de la última Cumbre Presidencial Andina, celebrada en Quito en julio pasado, los mandatarios han ratificado su confianza y han reiterado no sólo con palabras sino con acciones su indeclinable vocación por la profundización de la integración, reforzando su apoyo a las competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Se debe colegir, entonces, que éste seguirá siendo, como su par europeo, el intérprete último del derecho comunitario en los países de la Comunidad Andina.

De esta manera han sido desoídas las voces que clamaban por un retroceso en el proceso de integración, sugiriendo la revisión del sistema de solución de controversias en el marco de la Comunidad Andina y proponiendo la implantación de tribunales arbitrales en las acciones de incumplimiento. Estas voces no pasaron de ser un amago que se descartó en la Cumbre Presidencial Andina, donde el mecanismo de solución de controversias, tal como fue concebido hace 25 años, salió fortalecido.

5.1.3. La responsabilidad del liderazgo de los mayores

Habría sido mejor que los dos países más desarrollados del subcontinente, Argentina y Brasil, hubiesen tomado el liderazgo de la integración para toda América del Sur, como en su tiempo lo hicieron en Europa Alemania y Francia. Fueron éstos los que diseñaron el marco de la integración, cuando establecieron la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), a la cual se fueron adhiriendo luego los otros países europeos hasta llegar a los 25 que hoy día constituyen la Unión Europea. Si bien el Tratado original fue modificándose paulatinamente con nuevas competencias y atribuciones, los principios fundamentales habían quedado ya sólidamente implantados. No había tampoco otro marco de integración que coexistiera con el creado por Alemania y Francia.

En el caso de América del Sur, fueron los países andinos los que iniciaron la andadura para lograr una comunidad de naciones y la signaron bajo el nombre del Pacto Andino, por la cohesión natural que ofrece la cordillera de los Andes, que cruza de norte a sur todo el subcontinente. Fue un proceso iniciado hace 35 años, no mucho después de que los europeos iniciaran el suyo. Luego vino el del Mercosur, en 1991. No era posible, en ese entonces, que los países que lo conforman se adhirieran al Acuerdo de Cartagena que había creado la Comunidad Andina, por las asimetrías entre los países de uno y otro sistema de integración, y así han debido coexistir, con una paulatina integración a la inversa de la Europea, donde los países menos desarrollados, salvo el caso del Reino Unido, fueron uniéndose a Alemania y Francia y construyendo el Mercado Común Europeo primero y luego la Comunidad Europea. En el caso de América del Sur, los países que ya formaban parte del Sistema Andino de Integración han ido incorporándose paulatinamente al Mercosur, que ahora agru-

pa a todos, con excepción de Colombia y Ecuador, que probablemente lo harán muy pronto.

La nueva actitud asumida por Argentina y Brasil lleva a pensar que se ha tomado una decisión a favor de la profundización de la integración, y si ese ánimo político persiste, como todo parece indicar que así será, la integración sudamericana se hará una realidad siguiendo el modelo que adoptara en su momento la Unión Europea, más que el de un modelo simplemente de libre tránsito de mercancías y servicios propuesto en el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) y que ahora se ha transformado en acuerdos libre comercio que celebra Estados Unidos de Norteamérica individualmente con los países de la subregión o con pequeños grupos, como el caso de Colombia, Ecuador y Perú.

El hecho es que no hay mucha diferencia entre, por una parte, lo que se está negociando entre dichos países y los Estados Unidos de Norteamérica y, por otra, lo que contienen los acuerdos de complementación económica CAN-Mercosur, en la medida en que todos ellos son acuerdos para el libre tránsito de mercancías. Pero los países andinos han accedido a estas negociaciones sin sacrificar su propio proceso de integración, que continúa profundizándose inexorablemente, con nuevas competencias en el campo social e institucional en adición al tema puramente comercial y económico, que es el que dominaba su agenda. Es en esa dirección que apunta el nuevo impulso que se le ha imprimido al proceso de integración de ambos bloques.

5.1.4. La reconciliación de los procesos de integración de distinta velocidad

Como consecuencia de lo anterior, el cuarto problema consiste en esclarecer si dentro de estos cambios es posible que coexistan sistemas de solución de controversias diferentes. En otras palabras, conviene preguntarse si es válida la propuesta de profundización de la integración cuando este modelo, importado de Europa, viene debilitándose en la medida en que han proliferado los acuerdos de libre comercio, con sus correspondientes mecanismos de solución de controversias, que recusan la institucionalidad de un tribunal permanente como es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y abiertamente marcan sus preferencias por los tribunales arbitrales *ad hoc* o por el mecanismo de solución de controversias de la OMC.

No es, ciertamente, el caso de la Unión Europea, que no cede un ápice en la profundización de su integración y donde la creación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas marca el carácter permanente de la vocación de plena, aunque paulatina, integración que pronto tendrá sancionada una Constitución, y sin sacrificar su institucionalidad jurídica es parte de tratados de libre comercio con terceros países, donde adopta los mecanismos de solución de controversias como el de la OMC y los que puntualmente puedan estar consignados en dichos tratados.

Lo que no puede estar sometido a ningún otro tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento, son las controversias que surjan con motivo de la aplicación e inter-

pretación de las normas que conforman el Tratado de Roma y sus tratados modificatorios, cuya competencia será exclusiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219 del Tratado Constitutivo. Tal es también el caso de la Comunidad Andina, conforme lo dispone el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Y esto está en abierta oposición a lo dispuesto en el Sistema de Solución de Controversias de Mercosur, donde las controversias pueden, a elección de las partes, ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio. En el caso de una profundización de integración de ambos bloques, este dispositivo tendrá que ser revisado.

En consecuencia, dentro de la Comunidad Andina la competencia obligatoria de su Tribunal subsiste intacta en las relaciones intracomunitarias cuando está de por medio la aplicación e interpretación de la normativa andina, sin perjuicio de aplicar las disposiciones sobre solución de controversias en sus relaciones comerciales con terceros países. Así, en el caso del acuerdo CAN-Mercosur, los países de cada uno de los grupos tendrán sus propios mecanismos de solución de controversias cuando se trate de relaciones intracomunitarias: en el Mercosur, paneles de arbitraje y revisión en el Tribunal Permanente de Revisión o acceso directo a este Tribunal en única instancia; en el caso de la Comunidad Andina las diferencias serán resueltas obligatoriamente por el Tribunal de Justicia de la Comunidad.

En el caso de una diferencia entre un país que es miembro tanto del Mercosur como de la CAN y uno que lo es solamente del Mercosur, habrá que recurrir obligatoriamente al modelo del Mercosur, y el fallo que ahí se obtenga puede ser contrario a la normativa andina o, en todo caso, puede tener una interpretación que difiera de la que se ha venido aplicando de conformidad con las interpretaciones prejudiciales que ha emitido el TJCA. Esto nos lleva a la última pregunta que encierra la posibilidad de establecer la cooperación entre el TPR y el TJCA.

6. ¿Es posible reconciliar estas diferencias y establecer un mecanismo de cooperación entre el TPR y el TJCA para lograr una interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario?

Creo que la respuesta es afirmativa, por cuanto los hechos relatados ofrecen evidencia suficiente de que ha renacido la vocación primigenia de la integración de América Latina bajo el indiscutible liderazgo del presidente Luiz Inácio *Lula* Da Silva, que saludó la instauración de la "nueva fase" en el proceso de integración y que avaló elocuentemente con su presencia la inauguración del TPR en Asunción el pasado 13 de agosto; por las inequívocas manifestaciones de los presidentes de ambos grupos subregionales en sendas cumbres presidenciales, a las que ha hecho efectivo eco el secretario general de la Comunidad Andina, quien ha lanzado la iniciativa para la construcción de un Espacio Económico Sudamericano, pero, sobre todo, por

la histórica implantación del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, que, en palabras del árbitro brasilero Joan Grandino Rodas, en la ceremonia de clausura de las jornadas sobre la "Contribución al perfeccionamiento del sistema de solución de controversias del Mercosur", dijo que la instalación del TPR constituye el "cruce del Rubicón", el paso del no retorno en el camino hacia la profundización de la integración. O lo que dijo el vicecanciller argentino en la ceremonia de la inauguración, cuando habló de la creación del órgano jurisdiccional en el marco de la integración subregional. Y finalmente, del modo más directo, el canciller de Bolivia, Luis Ignacio Siles, quien lanzó públicamente en ese histórico momento la idea de un Tribunal de Justicia para todo el Espacio Sudamericano.

Con estos antecedentes habría que contrastar lo que ocurrió en el caso del acercamiento que intentaron los países de la Asociación Europea de Libre Comercio con los de la Unión Europea, para establecer un mecanismo de cooperación en la solución de controversias entre ellos constituyendo un Tribunal Mixto con participación de jueces tanto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como del Tribunal del Espacio Económico Europeo, ya que es un caso similar, aunque con diferencias, para analizar la cooperación en la solución de controversias entre los países de la Comunidad Andina y los del Mercosur y la eventual creación de un Tribunal Mixto para asegurar la aplicación y la interpretación uniforme del derecho comunitario a lo largo y lo ancho de todo el Espacio Sudamericano.

Es una relación similar en la medida en que se trata de grupos de integración subregional de un área geográfica determinada, pero con distintas velocidades en su proceso de integración. También se diferencian del caso de Sudamérica en que han tenido una relación inversa en el proceso de accesión por los diferentes países. En un comienzo la gran mayoría de los países europeos que actualmente conforman la Unión Europea (UE) pertenecían a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). La entonces Comunidad Europea tenía un sistema que propendía a la profundización de la integración con un tribunal permanente, mientras que la AELC reunía a los países europeos que optaban por una integración basada en el libre tránsito de mercancías y servicios, es decir, por un tratado de libre comercio. A diferencia de la Comunidad Andina, que seguía el modelo de la Comunidad Europea, el Mercosur seguía el de la AELC. Los países de la Comunidad Andina, empezando por Chile y siguiendo por Bolivia, Perú y Venezuela, estos tres últimos sin abandonar el acuerdo subregional andino, se incorporaron como miembros asociados del Mercosur. En Europa sucedió lo contrario: los países que pertenecían a AELC fueron abandonando este esquema para integrarse a la Comunidad Europea, y con estas sucesivas adhesiones en la actualidad sólo permanecen asociados a la AELC Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

6.1. La cooperación del TJCE con el Tribunal de la AELC

Desde 1973 las relaciones comerciales entre los países de la UE y los países de la AELC se rigen por acuerdos bilaterales de libre comercio. En 1989 se entablaron negociaciones entre ellos a fin de concluir un acuerdo entre la Comunidad Europea (como se llamaba entonces) con los países de la AELC para la creación del Espacio Económico Europeo, similar ejercicio al emprendido recientemente por la Comunidad Andina y el Mercosur a fin de lograr el tan ansiado Espacio Económico Sudamericano. En este último caso, como en el europeo, los países de ambos bloques tienen suscritos acuerdos de alcance parcial de complementación económica de libre comercio, en el marco de la ALADI, para la libre circulación de mercancías.

El acuerdo entre la Comunidad Europea y la AELC creaba un espacio para todos los territorios de la Comunidad y de la Asociación Europea de Libre Comercio; un espacio dinámico y homogéneo, basado en normas comunes y en condiciones de competencia iguales, con sus propios medios jurisdiccionales. Preveía, además, la creación de una Corte o Tribunal del Espacio Económico Europeo con participación de ambos grupos regionales, con un Juzgado de Primera Instancia, conformado por tres jueces nominados por los países del AELC y dos jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y un Tribunal Permanente conformado por cinco jueces, tres del TJCE y dos nominados por los países del AELC. Dicho Tribunal aplicaría al Espacio Económico Europeo el derecho comunitario que se generara en los ámbitos contemplados en la Unión Europea a medida que se crearan, desarrollaran o modificaran y de esa manera garantizar, a través de disposiciones literalmente idénticas a las normas del derecho comunitario europeo, su aplicación uniforme en todo el continente.

Como es sabido, la Unión Europea es un acuerdo de integración que propugna no sólo un libre movimiento de personas, mercaderías y servicios, sino que constituye un acuerdo político que crea una comunidad de derecho "dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y más en particular, de poderes reales derivados de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad", [26] con un ordenamiento jurídico propio, con unidad monetaria propia y próximamente con una Constitución propia que los acerca más a una federación de Estados independientes, mientras que la Asociación Europea de Libre Comercio es un acuerdo para la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales con disposiciones comunes sobre competencia.

El asunto fue referido a la opinión de la Comisión, de los gobiernos que conforman la Comunidad Europea, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La opinión del Tribunal está contenida en dos dictámenes:

---

[26] Sentencia *Flaminio Costa* del TJCE, del 15 de julio de 1964.

el primero en el dictamen 1/91 del 14 de diciembre de 1991[27] y el segundo en el dictamen 1/92 del 10 de abril de 1992.[28]

En la primera de dichas opiniones el TJCE se limitó a examinar la compatibilidad del sistema jurisdiccional propuesto. Señaló en dicha oportunidad que "el objetivo de homogeneidad en la interpretación y aplicación del Derecho en el Espacio EE choca con las divergencias existentes entre los fines y el contexto del Proyecto de Acuerdo, entre la Asociación Europea de Libre Comercio por un lado y los del Derecho comunitario, por otro".

Afirmó el TJCE en aquella oportunidad que "el hecho de que el tenor de las disposiciones del Acuerdo sea idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica" y concluyó que "un Tratado Internacional no ha de interpretarse exclusivamente en función de los términos en que está redactado, sino también a la luz de sus objetivos". Como es natural, una integración como la de la Unión Europea tiene objetivos que van más allá de los perseguidos en el acuerdo, ya que el objetivo de la Comunidad Europea es "alcanzar una integración económica que desemboque en el establecimiento de un mercado interior y de una unión económica y monetaria", mientras que los tratados de libre comercio contienen una finalidad en sí mismos. El TJCE declaró, en consecuencia, que el sistema de control jurisdiccional que el acuerdo pretendía establecer era incompatible con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, pero dejó abierta la posibilidad de que un acuerdo internacional que contemple un sistema jurisdiccional dotado de un tribunal competente para interpretar sus disposiciones no es, en principio, incompatible con el derecho comunitario y puede, por consiguiente, hallar su fundamento jurídico en el artículo 238 del tratado CEE.

Como consecuencia de este dictamen, la Comisión renegoció el proyecto de acuerdo con la AELC. Se propuso la conformación de una comisión mixta que examinase de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia del TJCE y del TAELC, de modo que se garantizara la interpretación homogénea del acuerdo. Estas decisiones del comité mixto no podrían afectar la jurisprudencia del TJCE.

El nuevo proyecto ya no creaba un tribunal del EEE. El Tribunal AELC sólo será competente en el ámbito de la AELC y no tendrá vínculos personales ni funcionales con el TJCE. El acuerdo prevé dos procedimientos: uno que pretende garantizar la interpretación homogénea del acuerdo y otro tendiente a resolver las controversias entre las partes contratantes. Aquí se puede pedir al TJCE que se pronuncie sobre la interpretación de las normas pertinente.

Los Estados de la AELC pueden autorizar a sus órganos jurisdiccionales a solicitar al TJCE que dicte resolución sobre alguna disposición del acuerdo.

---

[27] *Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, 1991-10*, p. I-6084.

[28] Ídem, 1992-4, p. 1-2825.

Las competencias del TJCE, como las del TJCA, sólo pueden ser modificadas a través del procedimiento previsto en sus respectivos tratados constitutivos, si bien un acuerdo internacional celebrado por los países que conforman la CAN puede conferirle nuevas competencias a la TJCA, a condición de que dicha atribución no desvirtúe la función del Tribunal de Justicia conforme ha sido concebida en su tratado de creación.

En consecuencia, el TJCE emitió su dictamen en el sentido de que el nuevo acuerdo de la AELC era compatible con el tratado constitutivo de la CEE.

7. La cooperación real entre el TPR y el TJCA

El antecedente de estas dos opiniones del TJCE, sobre todo la segunda, abre las puertas para el establecimiento de un mecanismo de cooperación entre el TPR y el TJCA, habida cuenta de que, en los dos bloques sudamericanos, a diferencia de la del TJCE y del Tribunal de la AELC, no obstante sus respectivos procesos de integración marchan a distintas velocidades, existe una misma finalidad de lograr una integración no sólo económica sino fundamentalmente política para alcanzar una verdadera comunidad de derecho.

Aceptada esta premisa fundamental, que ha quedado corroborada no sólo por los discursos y las buenas intenciones, sino por hechos que son confirmatorios de la voluntad de ambos grupos regionales, creo que es posible la creación de un Espacio Económico Sudamericano que cuente con un mecanismo de cooperación entre el TPR y el TJCA en una primera etapa, con miras a la creación de un Tribunal de Justicia Sudamericano que garantice la uniformidad en la aplicación e interpretación del derecho comunitario en todo el Espacio y que se proyecte hacia la creación de la Unión Sudamericana.

Para eso es menester pergeñar un mecanismo que permita resolver las asimetrías entre uno y otro sistema, estableciendo un cronograma realista y proponiendo las modificaciones y la promulgación de dispositivos que hagan más fácil la transición hacia una verdadera integración.

7.1. La creación del Comité Judicial Mixto CAN-Mercosur

Un primer paso hacia esa cooperación podría quedar materializado con la conformación de un comité mixto CAN-Mercosur representado por dos magistrados del TJCA y del TPR para que examinen de manera permanente el desarrollo de la jurisprudencia de ambos tribunales a fin de garantizar, en lo posible, una interpretación homogénea de los acuerdos de libre comercio celebrados bajo el Acuerdo de Complementación Económica 59 entre la Comunidad Andina y el Mercosur. Este comité mixto debería sesionar en forma alterna en la sede de la Secretaría Técnica del Mercosur en Montevideo y en la sede de la Secretaría General de la Comunidad Andina,

donde se le debería brindar el apoyo y las facilidades para su labor, actuando como secretarías *pro tempore* las Secretarías de ambos grupos regionales.

Este comité tendría por objeto establecer las bases para la profundización de la cooperación entre ambos tribunales con el fin de crear un tribunal independiente del TPR y del TJCA (pero integrado por miembros de ambos) con competencias exclusivas para la interpretación y aplicación uniforme de:

a) el Acuerdo de Complementación Económica CAN-Mercosur;
b) las disposiciones comunes en ambos bloques sobre el derecho de la competencia;
c) la legislación secundaria armonizada en ambos bloques en materia de propiedad intelectual; y
d) la legislación en materia de transporte multimodal que haya sido identificada por la Comisión Administradora, de acuerdo con lo dispuesto en el título XVIII del Acuerdo de Complementación Económica CAN-Mercosur.

El Comité Mixto prepararía los proyectos de Acuerdo de Complementación Económica a fin de garantizar que los textos sean idénticos, así como el proyecto de reglamento para el funcionamiento del Tribunal Permanente del Espacio Económico Sudamericano.

Tres de estos cuatro temas fueron sugeridos en anterior oportunidad.[29] Entonces propuse que, tomando en consideración todo el bagaje normativo que se había creado, no sería difícil armonizar las legislaciones vigentes en ambos grupos subregionales en materias específicas que ya han sido objeto de normas comunitarias, tales como la normativa sobre propiedad intelectual, basada en el ADPIC de la OMC, las normas sobre competencia, que se encuentran en revisión y que serán materia de una normativa comunitaria, y las normas sobre transporte multimodal, tomando en consideración los avances del proyecto IIRSA. Todo esto ha sido recogido luego, aunque de una manera un tanto vaga, en el Acuerdo de Complementación Económica 59 CAN-Mercosur.

Estos tres elementos, que tienen prioridad en la agenda comercial, sumados a los tratados de libre comercio celebrados como acuerdos de alcance parcial de complementación económica en el marco de la ALADI, constituirían un bloque que permitiría avanzar en el largo proceso de integración que ya existe en América del Sur y le darían forma y contenido al Espacio Económico Sudamericano al dotarlo de un mecanismo que aseguraría la interpretación uniforme, en todo el territorio sudamericano, de una normativa que iría contribuyendo a la profundización del proceso de integración.

---

[29] Véase Ricardo Vigil Toledo: "La solución de controversias en el derecho comunitario andino", conferencia sobre solución de controversias de comercio internacional, Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional del Mercosur, Banco Interamericano de Desarrollo, Montevideo, 15 y 16 de abril de 2004.

7.2. Un tribunal permanente del Espacio Económico Sudamericano

Identificadas las competencias y efectuadas las atribuciones del Tribunal del Espacio Económico Sudamericano mediante los instrumentos jurídicos correspondientes, el Tribunal podría funcionar de manera alterna, en Asunción y en Quito, con diez magistrados, los cinco del TPR y los cinco del TJCA, más otro juez elegido por ambos grupos. El Tribunal podría actuar en dos salas de cinco magistrados cada una, compuestas por tres magistrados del TPR y dos del TJCA cuando sesionen en Asunción y tres del TJCA y dos del TPR cuando sesionen en Quito.

En una primera etapa este Tribunal tendría como única y exclusiva competencia la de emitir dictámenes consultivos o interpretaciones prejudiciales a solicitud de los tribunales arbitrales y de los organismos jurisdiccionales nacionales de todos los países que conforman ambos bloques, exclusivamente sobre la interpretación de los eventuales acuerdos de complementación económica que contengan los temas mencionados, a fin de asegurar su aplicación uniforme en todo el territorio sudamericano.

Ello implicaría determinadas modificaciones tanto en la normativa de la Comunidad Andina como en la del Mercosur, pero aseguraría una transición pacífica de un sistema originalmente concebido para una integración económica y comercial a una más profunda, cultural, social y económica, pero sobre todo política.

Quito, agosto de 2004.

Ruben Correa Freitas (Uruguay) *

Los órganos del Mercosur: hacia la conformación de un Parlamento común

1. Introducción

En ocasión de haber participado en el V Congreso de Derecho Público del Mercosur, que se celebró en la ciudad de Buenos Aires en 2003, tuve la oportunidad de realizar una serie de reflexiones sobre un tema de indudable importancia para el Uruguay y de gran actualidad para la región, como es la posibilidad de la conformación de un Parlamento Común del Mercosur.

En efecto, el Mercosur, que nació en el año 1991 como una esperanza para los uruguayos, que tuvo una importante expansión y llegó a casi el 50% de las exportaciones hacia la región, sin embargo se ha transformado en una frustración en los últimos años como consecuencia directa, primero, de la devaluación realizada por el gobierno de Brasil el 13 de enero de 1999, que le costó al Uruguay la pérdida de 400 millones de dólares, y, segundo, por la crisis de la Argentina en el año 2001, cuando decidió terminar con la convertibilidad, causando un perjuicio directo a la economía uruguaya de 300 millones de dólares, con una reducción del 70% de las exportaciones desde el Uruguay hacia la hermana república del Plata.

En síntesis, pues, por decisiones unilaterales de los principales socios del Mercosur, el Uruguay ha sufrido una pérdida de 700 millones de dólares que provocó una abrupta caída del producto bruto interno, una considerable reducción del monto de sus exportaciones, una crisis bancaria que se prolongó durante seis meses con una pérdida del 45% de sus depósitos, un aumento de la tasa de desempleo que ha trepado a niveles superiores al 20% y una crisis económica y social como no se había visto en el país en los últimos cien años de su historia.

---

* Senador de la República. Profesor agregado de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de la Empresa. Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela Nacional de Policía. ‹rcorrea@parlamento.gub.uy›

En el año 2003, soplan nuevos vientos en la región, dado que nuevamente los gobiernos de Argentina y de Brasil, y sobre todo el gobierno brasileño del presidente Luiz Inácio *Lula* Da Silva, que desea tener un rol de liderazgo en América Latina, impulsan decisivamente un relanzamiento del Mercosur. Para ello, quieren un fortalecimiento de los órganos de decisión del Mercosur, procurando entre otras medidas la creación de un Parlamento común.

Pero la creación de un Parlamento del Mercosur requiere no sólo voluntad política, sino también viabilidad para todos los socios del Mercosur, para que éste no se transforme, de una esperanza de mejores oportunidades para sus pueblos, en una frustración colectiva. De nada valdría tener un Parlamento común que sólo sirviera a los intereses de los socios mayores, Argentina y Brasil, con notorio perjuicio para los intereses de sus socios menores, Paraguay y Uruguay.

Es notoria la falta de equidad que existe en el bloque regional mercosuriano, dado que, mientras Argentina y Brasil representan desde el punto de vista económico el 97%, Paraguay y Uruguay sólo representan el 3% de la economía del Mercosur, razón por la cual se impone necesaria y obligatoriamente la adopción de políticas que resuelvan estas inequidades y que promuevan un desarrollo armónico de las economías de los integrantes del espacio común.

2. Los órganos del Mercosur

Con relación a los órganos del Mercosur, corresponde afirmar en primer lugar que el Mercado Común del Sur fue creado por el Tratado de Asunción de fecha 26 de marzo de 1991, por la voluntad política de los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Dicho tratado marco constitutivo del Mercosur ha sido complementado por tres protocolos adicionales: a) el Protocolo de Brasilia de fecha 17 de diciembre de 1991, sobre solución de controversias; b) el Protocolo de Ouro Preto de fecha 14 de diciembre de 1994, por el cual se definieron la naturaleza jurídica del Mercosur y la estructura orgánica del acuerdo de integración regional; c) el Protocolo de Olivos de fecha 18 de febrero de 2002, por el que se perfeccionan las normas sobre solución de controversias, derogando el Protocolo de Brasilia.

A partir del Protocolo de Ouro Preto, el Mercosur tiene personalidad jurídica de derecho internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34, por lo que, en función de lo dispuesto por el Tratado de Asunción y el mencionado Protocolo de Ouro Preto, se trata de una entidad intergubernamental, cuyas decisiones son adoptadas sobre el principio de la base del consenso y con la presencia de todos los Estados partes.

Quiere decir, pues, que no estamos frente a la presencia de un órgano supranacional, porque, como afirma el canciller uruguayo Dr. Didier Opertti, “se registra la ausencia de instancias supranacionales en el proceso de toma de decisiones de los órganos del Mercosur”, habiendo optado el Protocolo de Ouro Preto por mantener el

sistema de solución de controversias consagrado por el Protocolo de Brasilia, "resistiéndose a incorporar cualquier instancia jurisdiccional, consultiva o contenciosa, limitándose simplemente a amplificar determinadas atribuciones consultivas y en materia de reclamaciones a cargo de la Comisión de Comercio".[1]

En el Tratado de Asunción de 1991 sólo se prevén dos órganos: el Consejo de Mercado Común y el Grupo Mercado Común. A partir de los Protocolos de Ouro Preto de 1994 y de Olivos de 2002, el Mercosur tiene la siguiente estructura orgánica:

a) *Consejo del Mercado Común:* es el órgano superior del Mercosur, que se integra con los ministros de Relaciones Exteriores y los ministros de Economía, o sus equivalentes, de los Estados partes.
b) *Grupo Mercado Común:* es el órgano ejecutivo del Mercosur, integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, designados por los respectivos Gobiernos.
c) *Comisión de Comercio del Mercosur:* es el órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común, al que le compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados partes. Se integra con cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado parte.
d) *Comisión Parlamentaria Conjunta:* es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados partes en el ámbito del Mercosur, integrado por igual número de parlamentarios de los Estados partes, cuyos miembros serán designados por los respectivos Parlamentos nacionales.
e) *Foro Consultivo Económico-Social:* es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales, integrado por igual número de representantes de cada Estado parte.
f) *Secretaría Administrativa del Mercosur:* es el órgano de apoyo operativo, que tiene su sede en la ciudad de Montevideo.
g) *Tribunal Arbitral Ad Hoc:* creado por el Protocolo de Olivos, se integra con tres árbitros, con competencia para solucionar las controversias que se planteen entre los Estados partes.
h) *Tribunal Permanente de Revisión:* creado por el Protocolo de Olivos, se integra con cinco árbitros, tiene su sede permanente en la ciudad de Asunción, con competencia para resolver el recurso de revisión contra los laudos arbitrales del Tribunal Arbitral Ad Hoc. Los laudos del Tribunal Permanente de Revisión son inapelables, obligatorios para los Estados partes en la controversia, y tienen con relación a ellos fuerza de cosa juzgada.

---

[1] Didier Opertti Badan: "Perspectivas de la institucionalidad del Mercosur", en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, nº 2, Montevideo, 1997, pp. 15-17.

Esta estructura orgánica del Mercosur nos permite ver que hay tres órganos decisorios, que son el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio; un órgano de representación parlamentaria, que es la Comisión Parlamentaria Conjunta; un órgano consultivo, que es el Foro Consultivo Económico y Social; un órgano de apoyo, que es la Secretaría Administrativa del Mercosur; y finalmente, órganos de solución de controversias, que son el Tribunal Arbitral Ad Hoc y el Tribunal Permanente de Revisión.

3. La Comisión Parlamentaria Conjunta

En el Tratado de Asunción, que le dio nacimiento al Mercosur, se hace una referencia puramente formal a la Comisión Parlamentaria Conjunta en el artículo 24. Concretamente se establece que: "Con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común se establecerá una Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur. Los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes mantendrán informados a los respectivos Poderes Legislativos sobre la evolución del Mercado Común objeto del presente Tratado".

En consecuencia, en el Tratado de Asunción la Comisión Parlamentaria Conjunta no estaba prevista como un órgano dentro de la estructura institucional. Posteriormente, en el Protocolo de Ouro Preto de 1994, se le da a la Comisión Parlamentaria Conjunta el carácter de órgano del Mercosur, aunque sin el carácter de órgano de decisión, como sí lo tienen el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur (artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto).

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 22 del Protocolo de Ouro Preto, la Comisión Parlamentaria Conjunta "es el órgano representativo de los Parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del Mercosur". El artículo 23 prescribe que la mencionada Comisión estará integrada por igual número de parlamentarios de los Estados partes. Por su parte, el artículo 24 establece que los integrantes de la Comisión Parlamentaria Conjunta serán designados por los respectivos Parlamentos nacionales, de acuerdo con sus procedimientos internos.

¿Cuáles son las competencias de la Comisión Parlamentaria Conjunta? El artículo 25 le asigna como competencias:

a) la de procurar acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados partes para la pronta entrada en vigencia de las normas emanadas de los órganos del Mercosur;
b) la de coadyuvar en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración.

Finalmente, el artículo 26 del Protocolo de Ouro Preto prevé que la Comisión Parlamentaria Conjunta puede remitir recomendaciones al Consejo del Mercado Común, por intermedio del Grupo Mercado Común.

De acuerdo con el Reglamento, la Comisión Parlamentaria Conjunta se integra con un máximo de sesenta y cuatro parlamentarios de ambas Cámaras, correspondiendo un máximo de dieciséis legisladores por cada Estado parte, e igual número de suplentes.

En síntesis, pues, la Comisión Parlamentaria Conjunta tiene carácter consultivo, deliberativo y de formulación de declaraciones, de disposiciones y de recomendaciones.[2]

4. El Parlamento Europeo

La Unión Europea se rige por varios tratados, entre ellos los más importantes son los Tratados de Roma de 1957, de Maastricht de 1992 y de Ámsterdam de 1997. Actualmente la Unión Europea se integra por quince países, pero a partir del año 2004 estará integrada por veinticinco, dado que recientemente se ha resuelto la incorporación de diez nuevos países.

El Tratado de Roma de 1957 establece que el Parlamento Europeo representa a los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad. Por ello es que el Parlamento Europeo está integrado por 626 diputados, que representan a los 375 millones de europeos que viven en los quince países miembros de la Unión Europea. Los diputados europeos son elegidos directamente por sufragio universal y secreto, cada cinco años, mediante el sistema de representación proporcional.

Cada Estado miembro de la Unión Europea tiene el número de diputados que está fijado en el Tratado, pero la distribución de los diputados en Sala no se hace por Estado sino por grupos políticos. Es así como en la actualidad existen siete grupos políticos en el Parlamento Europeo, formados por representantes de más de cien partidos políticos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea.

a) *Competencias legislativas.* En lo que se refiere a las competencias del Parlamento Europeo, corresponde expresar que éste ejerce las competencias tradicionales del Poder Legislativo en el derecho comparado, que son la competencia en materia legislativa, la competencia en materia presupuestal y la competencia de control.

   En lo que tiene que ver con las competencias legislativas del Parlamento Europeo, debe precisarse que el procedimiento legislativo comunitario, según lo dispuesto por el Tratado de Maastricht, exige la codecisión en pie de igualdad entre el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo, los cuales aprueban en forma conjunta los textos legislativos propuestos por la Comisión Europea. A su vez, el Tratado de Ámsterdam de 1997 ha consagrado el derecho de iniciativa política del Parlamento Europeo.

---

[2] Jorge Pérez Otermin: *El Mercado Común del Sur,* FCU, Montevideo, 2000, p. 94.

b) *Competencias presupuestarias.* En materia presupuestal de la Unión Europea, la competencia corresponde al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo. Pero es el Parlamento Europeo el que aprueba los gastos que contiene el presupuesto anual comunitario, como por ejemplo, asignando mayores recursos para las regiones menos prósperas o en la política de empleos, etc. También puede rechazar el presupuesto, si considera que éste no se ajusta con las necesidades de la Unión.
c) *Competencias de control.* El Parlamento Europeo ejerce un control democrático sobre el conjunto de la actividad de la Comunidad, de tal manera que controla las actividades de la Comisión Europea, del Consejo de Ministros y a los órganos de la política exterior y de seguridad, pudiendo incluso designar comisiones de investigación.

Además de las competencias mencionadas, el Parlamento Europeo participa en la designación de la Comisión Europea, dado que aprueba el nombramiento del presidente de la Comisión, celebra audiencias con los candidatos para los diferentes cargos de comisario y resuelve si otorga o no su confianza a la Comisión Europea. El Parlamento Europeo le comunica recomendaciones al Consejo Europeo y el presidente del Parlamento Europeo se dirige al Consejo Europeo cada vez que éste se reúne. Una vez terminadas las reuniones del Consejo Europeo, que deben celebrarse por lo menos dos veces al año, el presidente del Consejo Europeo debe presentar un informe al Parlamento Europeo.

5. La conformación de un Parlamento del Mercosur

Es indudable que el Mercosur no es una comunidad al estilo europeo, no ha generado una estructura de órganos supranacionales ni tampoco ha creado un derecho comunitario. Tal como lo he afirmado en el III Congreso de la Asociación de Derecho Público del Mercosur, celebrado en Buenos Aires en 1999, el Mercosur es una entidad intergubernamental, con personería jurídica de derecho internacional.[3] Desde el punto de vista de la integración, el Mercosur es una unión aduanera imperfecta, por lo que estamos ante un estadio más del acuerdo de libre comercio, tal como surge del Tratado de Montevideo de 1980 que creó la ALADI.

La voluntad política de relanzar el Mercosur, tal como se manifiesta por las autoridades de los países miembros, nos lleva a meditar sobre los pasos a recorrer en este difícil camino de la integración regional.

Antes de pensar en la constitución de un Parlamento del Mercosur, en primer lugar, estimo que debe haber un sinceramiento y un compromiso muy firme de los Gobiernos de la región, en especial de Argentina y de Brasil, que son los socios mayores del Merco-

---

[3] Ruben Correa Freitas: *Derecho constitucional contemporáneo*, tomo I, FCU, Montevideo, 2002, p. 54.

sur, de afirmar y profundizar el proceso de integración. Especialmente, debe haber un compromiso de coordinación de las políticas de los Estados, evitando que las decisiones unilaterales de éstos perjudiquen notoriamente el proceso de integración.

En segundo lugar, debe resolverse como cuestión previa el problema de las asimetrías entre los Estados miembros. En tal sentido, el Mercosur fue creado en 1991 partiendo de una igualdad jurídica de los Estados miembros, pero la realidad es que hay una enorme desigualdad entre ellos. Así es como Argentina y Brasil representan el 97% de la economía del Mercosur, mientras que Paraguay y Uruguay sólo representan el 3% de la economía global del grupo regional. Considero que un paso imprescindible para resolver el problema de las asimetrías en el bloque regional es ampliar el Mercosur para que se integren a él otros países de la región, como pueden ser Bolivia y Chile. ¿Por qué? Porque la incorporación al Mercosur de países como Bolivia y Chile permitirá un mayor equilibrio con los dos Estados grandes, que son Argentina y Brasil, en beneficio de los Estados pequeños, que son Paraguay y Uruguay. En otros términos, la eventual participación como miembros del Mercosur de Bolivia y de Chile, conjuntamente con Paraguay y Uruguay, le dará al proceso de integración un mayor equilibrio económico, social y cultural, generará un mayor dinamismo en el comercio internacional y constituirá una mayor presencia en el concierto internacional.

En tercer lugar, debe haber un fortalecimiento en lo inmediato de los órganos del Mercosur, en especial de la Secretaría Administrativa, que debe dejar de llamarse Secretaría Administrativa para ser directamente la Secretaría del Mercosur, es decir, un órgano con mayor poder de decisión en el proceso de integración y no un mero órgano de trámite y archivo de las decisiones. Además, y especialmente, debe resolverse definitivamente la cuestión de la solución de controversias, dejando de lado el procedimiento previsto primero por el Protocolo de Brasilia y después por el Protocolo de Olivos. En esta materia, debe integrarse un Tribunal de Justicia del Mercosur, que garantice plenamente a las partes el respeto irrestricto de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, independientemente del hecho de que aún no estamos ante la existencia de un derecho comunitario, sino del derecho de la integración o derecho mercosuriano.

En cuarto lugar, debe pensarse con mucho cuidado cómo habrá de integrase el Parlamento del Mercosur, es decir, si habrá una representación paritaria de los Estados miembros o si en cambio se recurrirá a la representación proporcional de los Estados miembros del Mercosur. La representación proporcional considero que sería impensable, dado que Brasil tiene 175 millones de habitantes, Argentina 37 millones, Paraguay 5 millones y Uruguay tiene apenas 3 millones de habitantes. En la hipótesis de que pensáramos en un Parlamento del Mercosur integrado por 100 diputados, elegidos directamente por los ciudadanos de los Estados miembros, Brasil tendría 75 diputados, Argentina tendría 20, Paraguay tendría 3 y Uruguay tendría 2 diputados. Por esta sencilla razón, se necesita pensar en un mayor equilibrio entre los Estados

partes, con una distribución más equitativa de los escaños parlamentarios, evitando que en definitiva el Mercosur sea dirigido por un solo Estado miembro.

En quinto lugar, deben tenerse en cuenta, antes de crear el Parlamento del Mercosur, las críticas de la ciudadanía hacia el sistema político y en especial hacia el Parlamento y hacia los legisladores. La constitución de un Parlamento común significaría mayores gastos, derivados de la elección de los diputados mercosurianos, del pago de las remuneraciones a éstos y a los funcionarios, así como los gastos necesarios para el funcionamiento del órgano legislativo comunitario.

6. Conclusiones

El Mercosur nació como una esperanza para los pueblos y los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y al poco tiempo se constituyó en una oportunidad y en un desafío para el desarrollo económico y social de los Estados partes. Lamentablemente, las sucesivas crisis de Brasil en 1999 y de la Argentina en 2001 condujeron al proceso de integración por un camino de frustraciones, de desesperanzas y de rechazo al proceso de integración.

El deseo y la voluntad de crear un Parlamento común, animados por una fuerte voluntad política de los gobiernos de turno, no nos debe hacer olvidar la experiencia europea, ni las dificultades provenientes de las fuertes asimetrías entre los países miembros del Mercosur.

En síntesis, pienso que la conformación del Parlamento del Mercosur debe pasar por un largo proceso de meditación y de negociación entre las partes, y que es de fundamental importancia la incorporación previa de otros países de la región al proceso de integración, para evitar que las asimetrías económicas que existen entre los Estados partes hagan inviable un proyecto de tales características, pero que nos compromete a todos como un mandato de nuestros libertadores Artigas, Bolívar y San Martín.

Montevideo, 26 de junio de 2004.

Esther Gómez Campelo (España) *

La Orden Europea de Detención y Entrega ante la delincuencia organizada. ¿Un nuevo enfoque del Estado de derecho?

> De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 28 del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, a más tardar a partir del 1 de enero de 2004, los Estados miembros de la Unión Europea regularán sus relaciones mutuas en materia de extradición exclusivamente sobre la base de las disposiciones de la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros y de las posibles evoluciones futuras basadas en esta Decisión Marco y en las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea y no sobre la base de dicho Convenio y de los instrumentos que lo completan o modifican.[1]

1. Marco de análisis

No es nuestra intención dar a conocer el contenido exhaustivo de la Orden Europea de Detención y Entrega, analizando cada precepto que la desarrolla con vocación de entomólogo, ni entrar a profundizar con pródiga minuciosidad en las ciertamente variadas cuestiones de índole técnica que la figura suscita. La profusión de estudios recientes sobre esta materia, tanto por parte de la doctrina comparada como patria, hace que, humildemente, nos remitamos a ellos;[2] pero, con todo, sí creemos de

---

* Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos. Doctorada *cum laude* con el tema "Síntesis del procedimiento extradicional: fundamentación teórica y praxis de la extradición activa". ‹esgomez@ubu.es›

[1] Artículo 1 de la Propuesta de Posición Común del Consejo relativa a la notificación al Consejo de Europa, en aplicación del apartado 3 del artículo 28 del Convenio de Extradición de 13 de diciembre de 1957, de la aplicación por parte de los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, de la orden de detención europea. COM (2003) 253 final, 6 de mayo de 2003.

[2] Como hemos referido, la nutrida bibliografía nos obliga a seleccionar el repertorio de obras y autores, con una finalidad meramente indicativa: Susi Alegre y Marisa Leaf: *European Arrest Warrant: a solution ahead of this time?*, Justice, Londres, 2003; Francisco Fonseca Morillo: "La orden de detención y entrega europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 14, enero-abril 2003; Fernando Irurzun Montoro: "La orden europea de detención y entrega", en *Noticias de la Unión Europea* nº 225, octubre 2003; Mª Isabel González Cano: "La ejecución condicionada del manda-

enorme interés observar la evolución de mentalidad, el perceptible cambio que, poco a poco, ha ido experimentando la Unión Europea en su liza contra la criminalidad organizada, y el proceso de transformación que, por diversas razones —algunas coyunturales, otras de fondo—, se ha visto en progreso hasta su culminación en el mencionado instrumento, protagonista de estas páginas.

Con independencia de que, en ocasiones, tengamos que hacer una inevitable alusión, no vamos a proceder al análisis de los complejos aspectos procesales de la figura ni a desglosar, según esos parámetros, el contenido de la normativa en que se plasma. La exposición que ahora abordamos quiere ofrecer un deliberado sesgo sociojurídico, ha buscado contemplar la Orden Europea como un mecanismo complejo, lleno de luces y sombras, poblado de matices, que se mueve entre la "popularidad" de sus objetivos y el recelo en su aplicación.

Las referencias a la extradición serán inexcusables —y necesarias— al ser la Orden, como resulta sabido, el instrumento encargado de sustituirla en los países miembros de la Unión Europea, en la idea de que sólo la cooperación internacional permite luchar con éxito contra la denominada delincuencia transfronteriza, esa que elude las normativas penales traspasando los límites territoriales para refugiarse en países con legislaciones más transigentes o simplemente favorecedoras de su impunidad.[3]

Proclamada esta inicial demarcación del tema, sólo resta adentrarse en su particular estudio.

2. Introducción

Contemplar una Europa sin fronteras interiores, un vasto territorio en el que las libertades de circulación y de residencia no se constriñan por normas internas, ha dejado de ser una hipótesis de laboratorio, un mero desiderátum, para convertirse en una constatable realidad. Las mutuas relaciones entre los Estados miembros cobran, de esta forma, una especial relevancia, tanto en el presente como —y sobre todo— *ad*

---

miento de detención y entrega europeo", en *Unión Europea Aranzadi* nº 6, junio 2003; Mar Jimeno Bulnes: "La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales", en *La Ley* nº 5979, 19 de marzo de 2004; Raquel Castillejo Manzanares: *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia: la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, Lex Nova, Madrid 2002; ídem: "El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 587, 24 de julio de 2003; Coral Arangüena Fanego: "La orden europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco sobre la 'euroorden'", en *Revista de Derecho Penal* nº 10, septiembre 2003.

[3] Juan de Miguel Zaragoza: "Algunas consideraciones sobre la decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de extradición", en *Actualidad Penal* nº 4, 2003.

futurum, teniendo en cuenta la posible evolución de la Unión Europea, en aras de lograr un mayor nivel de cooperación efectiva. Configurar una legislación uniforme sobre la cual cimentar sus futuras relaciones comienza a ser ya una realidad en el ámbito judicial penal.

Cuando los sujetos forman parte de un procedimiento penal en el marco territorial de la Unión parece necesario arbitrar normas básicas, criterios mínimos de actuación que verdaderamente garanticen el espacio de libertad, seguridad y justicia, sobre la base de los principios generales del derecho comunitario.[4]

> El ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros.[5]

La lucha a favor de la prevención del delito y contra la delincuencia organizada se planteó por el Tratado de Ámsterdam como objetivo de la Comunidad, al entender que sólo a través de la colaboración policial y judicial en el ámbito penal entre los Estados miembros se podía garantizar la seguridad de sus ciudadanos. Desde su entrada en vigor —1 de mayo de 1999— el texto convencional fue calando en las voluntades políticas de los países; pero fueron los atentados del 11 de septiembre de 2001 los que desencadenaron un espíritu colectivo de solidaridad en la erradicación del terrorismo.[6]

---

[4] "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" (artículo 6,1 del Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, modificado por el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997), BOE nº 109, de 7 de mayo de 1999. La bibliografía sobre la materia es tan extensa que sólo se ha querido ilustrar esta nota con un número mínimo de obras en las que se aportan datos de interés acerca del marco normativo en el que se encuadra la seguridad ciudadana, tales como: Juan Antonio Carrillo Salcedo: *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001; Luis Luengo y otros: *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2000; Jesús Carrera Hernández: "La cooperación policial y judicial penal: componente del espacio de libertad, seguridad y justicia", en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* nº 2, 1998; Gilles de Kerchove y otros: *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000; Juan de Miguel Zaragoza y otros: "Política Común de Justicia e Interior en Europa", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIII, Madrid 1995; Daniel Flore: "Une justice pénale européenne après Amsterdam", en *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, 1999.

[5] Conclusión nº 5 del Consejo destinado monográficamente a los temas de Justicia y Asuntos de Interior, celebrado en Tampere (Finlandia) en octubre de 1999. Véase en ‹www.europa.eu.int›.

[6] Véase ‹http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/terrorism/index_en.htm›.

En aquellos momentos, pensar en la unificación legislativa penal era una utopía incuestionable e, igualmente, intentar una armonización normativa en ese ámbito planteaba potenciales conflictos de intereses que no iban sino a ahondar aun más las diferencias nacionales.[7] Por todo ello se optó —en buena lógica y con un plausible sentido práctico— por mantener las peculiaridades estatales, intentando evitar que la delincuencia se aprovechara de las fisuras entre ordenamientos, contradicciones entre autoridades o vacíos legales de las normativas estatales en el concreto tratamiento de una tipología delictiva.

De esta forma, y con el objetivo *in mente* de lograr el espacio de libertad, seguridad y justicia, se entendió que el principio de confianza recíproca en las decisiones —resoluciones y sentencias— judiciales adoptadas en aplicación de sus derechos nacionales obtendría la aceptación, más o menos matizada, de los países de la Unión Europea. Tal premisa fue una aspiración ya largamente acariciada cuando la Comisión presentó al Parlamento y al Consejo la Comunicación relativa al reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal;[8] pero su concreción definitiva —y su asunción política— sólo quedó puesta finalmente de manifiesto, como veremos, con la entrada en vigor de la Orden Europea de Detención y Entrega.

3. Objetivos

La necesidad de combatir la delincuencia organizada y los movimientos terroristas es hoy, más que nunca, un imperativo indiscutible; por ello, actuar contra los distintos fenómenos que pueden acogerse bajo el genérico concepto de criminalidad transfronteriza (tráfico de personas, corrupción, delito medioambiental, racismo, fraude…) reclama una estrategia global, una política penal armonizada que facilite la cooperación judicial.[9]

Ya en el Tratado de Maastricht,[10] foro donde se concibió el denominado Tercer Pilar, se adoptaba una serie de medidas, comprometidas en la persecución del delincuente más allá de la soberanía territorial del Estado de comisión:

---

[7] Anne Weyembergh: "Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: leurs difficultés et leurs conséquences", en *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Éditions de l'Université de Bruxelles. 2002; Klaus Tiedemann: "La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea", en *Cuadernos de conferencias y artículos de la Universidad Externado de Colombia* nº 17, 1998. Es necesario reseñar también la importante labor unificadora de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en este campo.

[8] COM (2000) 495 final, de 26 de julio de 2000.

[9] Es de interés el Informe del Consejo Europeo sobre las medidas de lucha contra el crimen organizado. Véase DOC 9931/4/94 ENFOPOL 134 REV4+COR 1. Francisco Bueno Arús: "Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas", en *La Ley* nº 1, 1990; Castor Díaz Barrado: "La cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea. Nuevas perspectivas", en *Noticias de la Unión Europea* nº 218, marzo 2003.

[10] Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992.

Hay gran cantidad de documentación bibliográfica al respecto. Citamos a modo de ejemplo:

- la creación de la Red Judicial Europea;[11]
- el favorecimiento de la ayuda judicial en materia penal;[12]
- la creación de magistrados de enlace en los distintos países.[13]

Avanzando en el tiempo, pero siempre con el propósito de ir profundizando en las propuestas anteriores, en la Cumbre de Tampere se decide la creación de Eurojust, unidad encargada de lograr la mejor coordinación entre las distintas autoridades nacionales destinadas al seguimiento y a la represión sincrónicos de la criminalidad organizada.[14] Así lo expresa la Conclusión nº 46:

> Para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada grave, el Consejo Europeo ha acordado crear una unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente, cedidos temporalmente por cada Estado miembro, con arreglo a su ordenamiento jurídico. La misión de EUROJUST consistirá en facilita la adecuada coordinación de las fiscalías nacionales y en apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada, en particular basándose en análisis de Europol, así como en cooperar estrechamente con la Red Judicial Europea, con objeto, en particular, de simplificar la ejecución de las comisiones rogatorias. El Consejo Europeo pide al Consejo que adopte el instrumento jurídico necesario antes de que finalice 2001.

Cuando en este Consejo de Tampere se solicitó de los Estados miembros la adopción del principio de reconocimiento mutuo —ya en el Consejo Europeo de Cardiff del año 1998 se trató incipientemente la cuestión[15]—, se estaban poniendo

---

Valentín Dueñas Jiménez: "La cooperación judicial penal en el Tercer Pilar de la Unión Europea", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* nº 1792, de 1 de marzo de 1997. Madrid; Alegría Borrás y otros: *El Tercer Pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1997; Henry Labayle: "Un espace de liberté, sécurité et justice", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* nº 4, 1994; Alejandro del Valle: "La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 3, enero-junio 1998; Régis de Gouttes: "De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen", en *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Litec, París, 1992; Mireille Delmas-Marty: "L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation", en *Recueil Dalloz* nº 27, 2000.

[11] Creada mediante acción común el 29 de junio de 1998 (DOCE L191, de 7 de julio de 1998).

[12] Ese objetivo se concretó en el convenio relativo a la ayuda judicial, de 29 de mayo de 2000 (DOCE C197, de 12 de julio de 2000).

[13] En la acción común de 26 de abril de 1996 se fijan las premisas para facilitar el funcionamiento de los mecanismos de cooperación entre los Estados.

[14] Eurojust se creó por decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002 (decisión 2002/187/JAI), publicado en DOCE de 6 de marzo de 2002. Como importantes trabajos previos han de citarse el llevado a cabo por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior el 6 de diciembre de 2001. Es también de interés la Comunicación de la Comisión sobre la creación de Eurojust. COM (2000) 746 final, de 22 de noviembre de 2000).

[15] "El Consejo Europeo ha destacado la importancia de la cooperación judicial efectiva en la lucha contra la delincuencia transfronteriza. Ha reconocido la necesidad de aumentar la capacidad de los ordenamientos jurídicos nacionales de cooperar estrechamente y ha pedido al Consejo que deter-

los cimientos del edificio, ya esbozado, del Espacio Judicial Europeo.[16] Tal criterio de actuación común impone a las autoridades judiciales estatales reconocer, de forma prácticamente automática, una petición de entrega formulada por sus homólogas de otro Estado, bajo la figura de la Orden Europea de Detención y Entrega.

Desde la perspectiva que nos ocupa, las Conclusiones del Consejo de Tampere indican que el principio de reconocimiento mutuo es la base de la cooperación judicial civil y penal; así la nº 33 nos dice que:

> Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales […]

Los numerosos problemas que la extradición planteaba en la lucha contra la delincuencia organizada (la lentitud del procedimiento, la posible denegación de entrega del nacional reclamado, los límites impuestos por el respeto a los principios de especialidad y de doble incriminación, o la intervención del ejecutivo y el consiguiente condicionamiento de la solución a una decisión política) reclamaban un paso adelante en el marco de la cooperación penal internacional y en la construcción del Espacio Judicial Común.

Lograr que el Tercer Pilar —enmarcado por el espacio de libertad, seguridad y justicia— superara los anteriores obstáculos empujó a la Comisión Europea a plantear el principio de reconocimiento mutuo como el instrumento más eficaz, como la "piedra angular" de la cooperación judicial penal (y también civil).

Su fundamento radica en la confianza en el sistema judicial del "otro Estado", sin cuestionar el contenido de sus normas o la validez de las decisiones adoptadas. Cuando la autoridad judicial de ejecución recibe una orden de detención y entrega y ésta se acepta, asumiéndola como propia y, por tanto, sin que sea preciso verificar que la autoridad judicial de emisión ha actuado con arreglo a su ordenamiento interno, podemos concluir que se ha pasado de la fase de asistencia a la de colaboración.[17]

> Un auténtico espacio de justicia debe ofrecer seguridad jurídica a los particulares y a los operadores económicos: con este fin, las resoluciones y decisiones judiciales deben ser respetadas y ejecutadas en toda la Unión.
>
> El refuerzo del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y sentencias y la aproximación necesaria de las legislaciones facilitarán la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos de la persona y permitirá, como lo recor-

---

mine el margen existente para un mayor reconocimiento mutuo de las respectivas resoluciones judiciales".

[16] Santiago Martínez Garrido: "El reconocimiento mutuo como instrumento para la construcción del Tercer Pilar", en *El futuro de la Unión Europea. Unión política y coordinación económica*, obra colectiva bajo la dirección de Marcelino Oreja Aguirre, Instituto de Estudios Europeos, Polo Europeo Jean Monet, Madrid, 2002.

[17] Loïck Benoit: "Le mandat d'arrêt européen", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* nº 465, febrero 2003, p. 107.

> dó el Consejo Europeo de Laeken "superar las dificultades vinculadas a la disparidad de los sistemas jurídicos". Hay que hacer lo necesario para que el principio del reconocimiento mutuo sea la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión Europea, tanto en lo civil como en lo penal.[18]

El empleo de la decisión marco[19] como envoltura jurídica para dar cabida a la Orden de Detención Europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros posibilita a los Estados el regular de forma individualizada sus relaciones en la materia de que se trate mediante la adaptación del texto a las peculiaridades de cada derecho interno. Es frecuente su uso en el ámbito de la cooperación judicial penal, es norma habitual en el tratamiento de las materias que integran el Tercer Pilar, porque si bien obliga en cuanto al resultado, es flexible respecto a los medios a emplear, siempre respetuosos con la idiosincrasia estatal.

La idea que subyace en el tenor del texto es la sustitución del procedimiento de extradición por un mandamiento de detención que agilice la tramitación, la simplifique y otorgue mayor trascendencia a la fase judicial. Ahora bien, incrementar los mecanismos de control y represión no ha de conllevar necesariamente una merma en las libertades. Si se pretende una mayor seguridad tras las fronteras de la Unión Europea y una eficaz batería de medidas de actuación contra las conductas que integran, por ejemplo, el crimen organizado, ha de hacerse con el escrupuloso respeto a los derechos de los ciudadanos y el reforzamiento de la justicia.

4. Fundamentos

Como se ha dicho, la decisión marco sobre la Orden Europea sustituye el tradicional procedimiento de extradición por un mecanismo dirigido a simplificar la entrega de quien ha resultado reclamado para ser juzgado o para cumplir una pena ya impuesta. Nació con el objetivo de reemplazar a aquel procedimiento en todos los Estados miembros, desde el 1 de enero de 2004,[20] y parece haberlo logrado, cuando menos —y *a priori*— desde un punto de vista normativo.

Para lograr este ambicioso objetivo se ha procedido a la reducción de los plazos, la limitación de las causas de denegación, la ampliación de las infracciones o la inexigibilidad de la doble imputación ante una serie de conductas delictivas. Pero, pasemos seguidamente a conocer con más detalle alguno de los caracteres propios de esta figura.

---

[18] Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo. Actualización semestral del marcador para supervisar el proceso en la creación de un espacio de "libertad, seguridad y justicia" en la Unión Europea (primer semestre 2003). COM (2003) 291 final, Bruselas, 22 de mayo de 2003.

[19] Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 (DOCE L190, de 18 de julio de 2002).

[20] Así se indica explícitamente y con profusión en su considerando nº 5.

Para saber exactamente en qué consiste la Orden Europea, nada mejor que remitirnos a la definición que de ella da la propia decisión marco en su artículo 1.1:

> La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.

Sin embargo, pese a la explícita claridad de la redacción, la naturaleza judicial o no de la figura no es un tema pacífico. La razón del debate nace de que, en ciertos casos, la comparecencia activa de las autoridades gubernativas parece inclinar a algunos autores a pensar que seguimos en presencia de un procedimiento de extradición *sui generis* marcado, eso sí, por una más que evidente simplificación.[21]

La precisión del considerando nº 11 de la decisión marco:

> La orden de detención europea debe sustituir, en las relaciones entre Estados miembros, a todos los instrumentos anteriores relativos a la extradición, incluidas las disposiciones del Título III del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen relativas a esta cuestión.

ha podido inducir a pensar que la desaparición del clásico procedimiento de solicitud y entrega no ha sido tan radical como parece extraerse del referido texto, sobre todo teniendo en cuenta que la ley española de transposición[22] introduce cierta ambigüedad con el empleo de expresiones poco claras; así, por ejemplo, cuando dice en su exposición de motivos que:

> Otra de las importantes aportaciones que se incorpora a nuestro ordenamiento con la presente Ley consiste en configurar el procedimiento de detención y entrega como un procedimiento puramente judicial, sin apenas intervención del ejecutivo.[23]

La importancia de los órganos del Ejecutivo, su trascendencia práctica, queda ceñida, exclusivamente, al posible concurso de solicitudes entre una Orden Europea de Detención y Entrega y una petición de extradición, único supuesto en el que su decisión es determinante. En todos los demás extremos, la actividad ministerial se reduce a funciones auxiliares de la autoridad judicial competente, como coordinar la correspondencia o enviar y recibir la Orden. Ciertamente, estas facultades distan mucho de permitirnos hablar de algo parecido a la extradición:

---

[21] Juan de Miguel Zaragoza: "Algunas consideraciones sobre la decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de la extradición", en *Actualidad Penal* nº 4, enero 2003; Carlos Cezón González: *Derecho extradicional*, Dykinson, Madrid, 2003. Y también Antonio Cuerda Riezu: *De la extradición a la euro-orden de detención y entrega: con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

[22] Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega. BOE nº 65, de 17 de marzo de 2003.

[23] Pero también se aprecian indicios de lo anterior en los artículos 23 y 25 de esta ley, en los que el Ministerio de Justicia asume ciertas funciones en tanto autoridad central.

> […] la llamada "Orden Europea de Detención y Entrega" o "Euroorden", instrumento que sustituye a la tradicional extradición sobre la base de prescindir de la intervención de la autoridad política permitiendo que la persecución internacional de los delitos tenga lugar directamente entre autoridades judiciales. El gobierno de cada país intervendrá única y exclusivamente para prestar apoyo técnico, en especial procurar la traducción de la Orden de Detención al idioma del país en el que deba ser ejecutada.[24]

Minimizar hasta la casi supresión la intervención de los órganos gubernativos ha de verse no sólo como un objetivo, sino también como una consecuencia lógica del principio de mutuo reconocimiento entre autoridades judiciales.

La simplificación en los procedimientos de entrega de las personas reclamadas era, desde hace años, una meta perseguida por todos los Estados europeos ante la complejidad de la tramitación, las dificultades jurídico-políticas a la hora de adoptar una decisión y, en consecuencia, la lenta ejecución de la tramitación en el país requerido, con los problemas de toda índole que tal ralentización conllevaba (quebranto en las garantías del propio sujeto reclamado, perjuicios de toda índole para la víctima de la infracción y, naturalmente, considerables inconvenientes para el país solicitante).[25]

Cuando en diciembre de 2001 se decidió sustituir el procedimiento de extradición en el ámbito de la Unión Europea por la Orden Europea de Detención y Entrega, se iniciaba una andadura que culminó en junio de 2002 con la adopción por el Consejo de la citada decisión marco y la previsión de su entrada en vigor para todos los Estados miembros, a más tardar el día primero del año 2004.

Para cumplir con este compromiso, España ha implementado en su ordenamiento el texto europeo junto con otros países —no todos aún— como Portugal, Bélgica, Irlanda, Gran Bretaña, Dinamarca, Finlandia y Suecia. De hecho, junto con España, Portugal y Dinamarca han sido los países que han procedido a transponer la decisión marco antes incluso de que entrara en vigor; mientras tanto, otros como Alemania, Italia, Grecia, Holanda y Austria han seguido sus propios ritmos internos —por diversas razones— sin respetar el plazo dado por la propia norma europea para su trasunto en los ordenamientos estatales, plazo que finalmente expiró el 31 de diciembre de 2003.

Tanto la Ley 3/2003, ya citada, como la LO 2/2003, complementaria de la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega,[26] han permitido culminar en nuestro

---

[24] Auto de la Sala de lo Penal, Sección 3ª, de la Audiencia Nacional, de 10 de febrero de 2004. Razonamiento jurídico 6º. El artículo 23.2 de la ley española contempla la intervención del Consejo de Ministros en este concreto supuesto de concurrencia de solicitudes.

[25] Recordemos, a título de curiosidad, que mientras que el expediente de extradición se caracteriza por una frondosa profusión de datos, la euroorden consiste en un sencillo formulario de siete folios, como documento único y armonizado para todos los Estados miembros.

[26] Ambas de 14 de marzo de 2003, y ambas publicadas en BOE nº 65, de 17 de marzo de 2003. Resulta de interés el informe al anteproyecto de Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega y al anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior, que se llevó a cabo por el Consejo General del Poder Judicial en octubre de 2002. Para ver el texto completo ‹www.poderjudicial.es/CGPJ/Docuteca›.

ordenamiento un largo proceso encaminado a favorecer la extradición y asistencia judicial en el ámbito penal, que se inició en numerosos tratados bilaterales suscritos por nuestro país a lo largo del siglo XIX y se fue desarrollando en la segunda mitad del siglo XX con textos convencionales de índole multilateral,[27] así como por la propia legislación española en la materia.[28]

Todo este bagaje permitió regular durante décadas las relaciones mutuas de los Estados en materia extradicional de modo relativamente uniforme, aun cuando, con el tiempo, su obsolescencia iba quedando evidenciada casi de continuo ante el carácter habitualmente transfronterizo de las conductas delictivas.

La preocupación del anterior gobierno español por la defensa y la seguridad ciudadana convirtieron en casi monotemática la agenda política exterior, buscando el consenso fundamentalmente en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Los mencionados atentados de septiembre de 2001 facilitaron la anuencia europea en torno a la cuestión, circunstancia que quedó puesta también de manifiesto durante la presidencia española de la Unión Europea a lo largo del primer semestre de 2002.[29]

---

[27] El más importante, el Convenio Europeo de Extradición, llevado a cabo bajo los auspicios del Consejo de Europa, el 13 de diciembre de 1957 en París, BOE nº 136, de 8 de junio de 1982. Pero también otros convenios permiten ilustrar lo que decimos: Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959; Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977; Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas, de 21 de marzo de 1983; Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 19 de junio de 1990; Convenio relativo al Procedimiento Simplificado de Extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 10 de marzo de 1995; Convenio relativo a la Extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996.

Atendiendo a una visión doctrinal, es de interés el trabajo de Francisco Bueno Arús: "Breves observaciones a la ratificación por España de los Convenios europeos de extradición y de asistencia judicial en materia penal", en *Revista de Derecho Público* nº 94, 1984. También, y desde una perspectiva más amplia, Roland Genson: "Les accords d'extradition et d'entraide judiciaire signés entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amerique: Développements dans la coopération judiciaire transatlantique", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* nº 470, juillet-août 2003. Del proceso de modernización llevado a cabo por el derecho español se hace eco Kurt Madlener: "La evolución de los acuerdos internacionales de España en materia de cooperación judicial penal en los años 1989-1992", en *Actualidad Penal* 1994.

[28] Constitución española, de 6 de diciembre de 1978; ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado, modificada por la ley 9/1994, de 19 de mayo; ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva.

[29] Esther Barbé: *La política europea de España 2002-2003*. Institut Universitari d'Estudis Europeus. Observatori de Política Exterior Europea. Working Paper nº 48, junio de 2003. La entonces ministra de Asuntos Exteriores, Ana Palacio, escribió: "Una gran batalla se está librando […] en este territorio de frontera, pudiendo decirse con propiedad, que el futuro de la Unión Europea depende de nuestra ambición y nuestra capacidad de consolidar una auténtica Europa de la seguridad interior", *El País*, 4 de julio de 2002.

Todos estos apuntes sirven para entender que España haya sido el primero en transponer la *Euroorden* a su ordenamiento interno, que se sitúe en la vanguardia de su aplicación y esté en estos momentos liderando a los países miembros en cuanto a su aplicación efectiva. Sin embargo, pese a todo, no parece que los problemas se hayan disipado por completo: La justicia belga rectificó en fecha 31 de mayo de 2004 su decisión anterior, adoptada el mes de abril por la Cámara de Instrucción de Mons, de no aplicar la *Euroorden* y paralizar, en consecuencia, la entrega a España de dos etarras reclamados por la Audiencia Nacional.[30] De igual modo, se le ha denegado a España la entrega de otros tres presuntos integrantes de ETA, reclamados mediante una *Euroorden*, por parte del Tribunal francés de Apelación de Pau, al verificarse que parte de los hechos imputados se llevaron a cabo en territorio galo.[31] Con todo, es de justicia reconocer que hasta febrero de 2004 España ha emitido 72 órdenes y ha recibido 14 para ser ejecutadas, de las cuales 9 han concluido con la entrega del sujeto reclamado.

5. Su aplicación: algunas cuestiones de fondo

Una orden europea sólo puede tramitarse cuando recaiga sobre hechos sancionados con una pena o medida de seguridad privativas de libertad —en el Estado emisor— de, al menos, una duración máxima de 12 meses, o cuando se trate de hacer cumplir una condena a pena o medida de seguridad privativa de libertad nunca inferior a cuatro meses.

No se han querido precisar, pues, las concretas conductas mediante un sistema de *numerus clausus* o lista cerrada, al valorar esta vía como poco operativa, esto es, de escasa eficacia en la persecución y castigo del delito.

Como puede apreciarse, mientras que los mínimos de penalidad están claramente determinados, la regulación de los máximos en cuanto a la sanción penal a imponer omite toda referencia a la pena capital,[32] por entenderse que todos los países integrantes de la

---

[30] El fiscal general del Estado, Cándido Conde-Pumpido, se hizo eco de la polémica porque "en el marco de la Euroorden y del Espacio Judicial Europeo la cooperación judicial quedaba de alguna manera cortada por el Tribunal belga".

[31] El artículo 4, en su nº 7, letra *a*, de la decisión marco contempla este supuesto, pero facultando al Estado miembro de ejecución a denegar o facilitar la entrega. Obviamente, Francia ha optado por la no ejecución de la "euroorden" emitida por España.

[32] Así sucede en su articulado, que no en su considerando nº 13, donde se indica que "Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes". No deja de resultar paradójico que la inicial preocupación apreciada en el citado considerando quede relegada por el curioso mutismo del texto de la decisión marco.

Mucho se ha escrito sobre este tema; a modo de ejemplo: Antonietta Damato: "Estradizione e Divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo", en *Rivista Internazionale dei Diritti dell'uomo*, nº 3, 1991; José González García: "Pena de muerte y tratamientos inhumanos o degradantes en la Convención Europea de Derechos Humanos (Una aproximación desde el

Unión Europea son firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos,[33] de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[34] y de la ya inminente Constitución Europea,[35] textos todos ellos que prohíben la pena de muerte o cualesquiera otras que lleven aparejados tratos inhumanos o degradantes. Y aun cuando bajo tales términos podría entenderse la pena privativa de libertad a perpetuidad, esta modalidad sí está, sin embargo, prevista por la decisión marco en su artículo 5.2.

> […] cuando la infracción en que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea podrá estar sujeta a la condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida.

También en términos parecidos se recoge en el artículo 11.1 de la ley española, pero tampoco como causa explícita de denegación de la entrega sino como circunstancia sujeta a condición

---

caso Soering)", en *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993; Frédéric Sudre: "Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, du 7 juillet 1989", en *Revue Générale de Droit International Public* 1990; Walter Ganshof Van Der Meersch: "L'extradition et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. L'affaire Soering", en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* nº 1, 1990; Ana Salado Osuna: *La pena de muerte en Derecho Internacional: una excepción al derecho a la vida*, Tecnos, Madrid, 1999; Ann Sherlock: "Extradition, Death Row and the Convention", en *Europen Law Revue*, vol. 15, 1990; Henry Labayle: "Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale: réflexions sur l'edification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la CEDH", en *Jurisclasseur périodique, édition générale,* 1990; Dominique Alix: *Les droits fondamentaux dans le procès pénal*, Montchrestien, París, 1997.

[33] Convenio de 4 de noviembre de 1950, en vigor para España desde el 4 de octubre de 1979. Texto enmendado por el protocolo nº 11 (BOE nº 152, de 26 de junio de 1998).

[34] Proclamada por el Consejo Europeo de Niza el 10 de diciembre de 2000.

[35] En el Proyecto de Tratado de la futura Constitución se reconocen expresamente tales derechos. Así, en el artículo 7, titulado "Derechos Fundamentales" se puede leer:

"La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II de la Constitución.

"La Unión procurará adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Dicha adhesión no afectará a las competencias de la Unión que se definen en la Constitución.

"Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales". (Texto adoptado por consenso por la Convención Europea los días 13 de junio y 10 de julio de 2003, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo.)

Sobre esta cuestión, Noëlle Lenoir: "Les imperfections de l'espace pénal européen: des réponses dans la future Constitution européenne?", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* nº 469, junio 2003; también Eulalia Petit de Gabriel: "Constitución Europea y lucha contra el terrorismo. ¿Solución o involución del Estado de Derecho?". Véase la página web de la Universidad de Sevilla, ‹www.us.es/cidc/Ponencias/europea/EulaliaPetit.pdf›.

> Cuando la infracción en que se basa la orden europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad, la ejecución de la orden de detención europea por la autoridad judicial española estará sujeta a la condición de que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta, o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al derecho o práctica del Estado de emisión, con vistas a la no ejecución de la pena o medida,

y, como puede apreciarse, en estos casos el Estado de ejecución exige al de emisión la adopción de una serie de garantías que posibiliten la entrega de la persona reclamada.

La dualidad eficacia en la persecución del delito-defensa y garantía de los derechos individuales ha sido, ciertamente, tomada en consideración a la hora de procederse a la redacción de la decisión marco. Como ha llegado a decirse en algún medio de prensa, la justicia viaja sin fronteras, avanza sobre la base de la recíproca confianza en los principios legales del resto de los Estados, respetuosos de los derechos humanos y de las garantías procesales de los detenidos. Y aun cuando parece darse en todos ellos un consenso de respeto y un compromiso de potenciación de los grandes valores y principios democráticos, la presencia de nuevos países en el espacio europeo seguirá poniendo a prueba esta afirmación.

Quizá por todo ello, flota en el ambiente una sensación de desconfianza ante un texto que privilegia las entregas en tiempo récord (frente al mínimo de tres meses del procedimiento de extradición, algunas órdenes se han resuelto en tres días),[36] y esa tramitación ágil sustentada en brevísimos plazos podría inducir a pensar en un riesgo de menoscabo de las garantías para el sujeto reclamado.[37]

---

[36] El Consejo General de la Abogacía española, con fecha 23 de febrero de 2004, indica que "A las 19 Órdenes de detención y entrega solicitadas a nuestro país por otros países hay que añadir además las 72 emitidas por España en el mismo período, lo que indica que en los primeros 43 días de funcionamiento, España ha tramitado un total de 91 Órdenes, lo cual supone una media diaria de dos expedientes de entrega. También resulta significativo el hecho de que el 77% de los procedimientos iniciados en el pasado mes de enero ya estén finalizados plenamente". Para más información, véase ‹www.cgae.es›. Pensemos en las medidas que tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 propuso al Congreso de los Estados Unidos el fiscal general Ahscroft: detenciones de duración incierta, tipos delictivos imprecisos, registros policiales sin autorización judicial…; o la ley que en Gran Bretaña permite detener sin juicio a extranjeros sospechosos de pertenecer a una red terrorista; o las medidas alemanas que dejan sin efecto la protección que otorga el estatuto de refugiado si la seguridad nacional puede sentirse amenazada.

Para leer con más detalle otros datos, véase Laurence Thieux: "La amenaza terrorista: ¿un nuevo desafío para la seguridad europea?", *Institut Universitari d'Estudis Europeus. Observatori de Política Exterior Europea*, Working Paper nº 55, enero de 2004.

[37] La vulneración de derechos siempre fue motivo de preocupación para los estudiosos del procedimiento de extradición, sentimiento que, lejos de desvanecerse con la "euroorden" parece haberse intensificado. Véase Michel Puéchavy: "L'extradition et les risques de violation des articles 3 et 6 de la Convention par ricochet. Observaciones a la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de octubre de 2001 (Einhorn contra Francia)", en *Revue Trimestrielle des Droits de*

Ciertos aspectos, como la renuncia al principio de especialidad, la ausencia de posibles recursos contra la decisión judicial de entrega, así como el reconocimiento automático y sin control previo de esa decisión proveniente del país emisor de la orden, suscitan el recelo entre las asociaciones de derechos humanos y ONG,[38] que alertan de los recortes en libertades en pro de una mayor seguridad: libertad individual contra seguridad pública no tendría que configurar una disyuntiva sino un binomio de objetivos a lograr. Todo Estado de derecho ha de tener entre sus fines garantizar eficazmente la seguridad, pero nunca subordinando a ella el respeto por los derechos humanos: la tutela y el desarrollo de tales derechos no han de verse jamás como un obstáculo en la lucha contra la delincuencia internacional.

Con todo, consciente de las suspicacias que su texto podiera provocar y, sobre todo, valorando el programa de medidas propuesto, el considerando nº 12 dice:

> La presente Decisión marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, en particular en su capítulo VI. […]

También la Comisión de las Comunidades Europeas ha trabajado sobre el particular, elaborando —a modo de lo que puede ser, en un futuro inmediato, un interesante referente para las actuaciones nacionales— un Libro Verde sobre garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea, en el que se llega a decir:

> Es importante que las autoridades judiciales de cada Estado miembro tengan confianza en los sistemas judiciales de los restantes Estados miembros, lo que, desde mayo de 2004, se aplicará a veinticinco, no ya a quince Estados miembros. La fe en las garantías procesales y la imparcialidad de los procesos sirve para reforzar dicha confianza.

---

l'Homme, nº 51, 1 de julio de 2002, Bruselas; también Gil Carlos Rodríguez Iglesias: "Algunas reflexiones sobre la protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea", en *Scritti Mancini*, vol. II, 1998.

[38] Entre otras, se encuentran Amnistía Internacional, Human Rights Watch o ATTAC Europa. Esta última, ha afirmado lo siguiente: "No parece casual […] el actual recorte de los derechos y libertades fundamentales. La recién aprobada 'euroorden' es un paso más hacia la instauración de un espacio policial integrado sin el correspondiente espacio jurídico que garantice la protección de los derechos de las personas; nada puede convenir más al neoliberalismo. Resulta difícil de creer que una Europa que ha sufrido en su seno los horrores del totalitarismo elabore ahora procedimientos que, con la excusa del terrorismo, permiten equiparar a todo contestatario con los terroristas. La urgencia con la que se adoptó la 'euroorden' demuestra, a pesar de las preocupaciones expresadas por algunos dirigentes europeos, el sometimiento a la ideología maniquea del gobierno de Estados Unidos. En este sentido, tampoco la falta de acción de los gobiernos europeos ante el entramado, ahora más claro que nunca, neoliberalismo/guerra contribuye a la construcción de una Europa defensora de las libertades y de la convivencia entre los pueblos", Sevilla, 22 de junio de 2002. Más datos en ‹www.local.attac.org›. En esa misma línea, Irene Khan, directora de Amnistía Internacional, ha dicho: "Los gobiernos están perdiendo su rumbo moral, sacrificando los valores mundiales de los derechos humanos en una búsqueda ciega de seguridad".

> Conviene, por lo tanto, contar con ciertas normas mínimas comunes en la Unión Europea, aunque los medios de alcanzar esas normas deben dejarse a la libertad de cada Estado miembro.[39]

De igual modo, las instituciones comunitarias se hacen eco de esa preocupación en su *Informe anual sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea*; a través de una red de expertos independientes se viene haciendo un seguimiento de la particular situación que vive cada Estado hasta construir un conjunto de conclusiones y recomendaciones que dan, sintéticamente, una idea veraz de los cauces que cada país arbitra en la defensa y el desarrollo de tales derechos.[40]

Pero lo que verdaderamente sorprende es que la ley española 3/2003 no mencione, ni de forma explícita ni referencial, la necesaria defensa de los derechos fundamentales ante la ejecución de una orden de detención y entrega.[41] La urgencia de las autoridades españolas en transponer el texto europeo al ordenamiento interno no parece ser una razón que justifique el "olvido", teniendo en cuenta que otros países como Bélgica, Gran Bretaña, Dinamarca, Finlandia o Suecia también han procedido ya a la adaptación de la norma europea y no por ello se han visto impedidos de hacer excepciones al texto oficial.

Mientras que la ley española puede parecer un calco de la decisión marco, resulta significativa —por contraste— la redacción de la ley de transposición británica. La Extradition Act 2003[42] indica, en su anexo A, entre otros, los siguientes motivos de denegación de entrega:

> […] 3. Si la orden se ha dictado con fines de persecución a una persona por razón de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, sexo u orientación sexual o si la persona sufrirá perjuicios durante el enjuiciamiento por alguno de estos motivos;

---

[39] COM (2003) 75 final, Bruselas, 19 de febrero de 2003.

[40] La referencia es CFR-CDF.rapUE.2003. Para leer el contenido íntegro del informe, véase ‹http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm›. Y para conocer la situación concreta de cada Estado miembro, desarrollada en 26 Informes, véase ‹http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr/doc/avis/2004_1_en.pdf›.

[41] La ONG Justice critica la adaptación hecha por España en materia de defensa de derechos, por entenderla tibia y poco comprometida. La referencia del artículo 20.3 a que "Excepcionalmente, la autoridad judicial podrá suspender provisionalmente la entrega por motivos humanitarios graves […]", parece, a todas luces, insuficiente. La redacción no podría, aunque quisiera, dar mayores muestras de tibieza: el legislador pone de manifiesto el carácter insólito, anómalo del supuesto, la naturaleza potestativa de la decisión y su provisionalidad, circunstancias que avalan, a nuestro entender justificadamente, la crítica.

[42] El texto completo de la norma de transposición de la decisión marco puede ser consultado en ‹www.legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2003/20030041.htm›. En el XVII Congreso de Jueces para la Democracia, celebrado en Vigo en junio de 2002, se abordó como tema central "La garantía de los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo". El Observatorio de Derechos Fundamentales se centró en analizar la "Restricción de las garantías tras el 11-S" y en todos los casos expuestos se manifestó la preocupación de que la justicia penal europea consagrara el retroceso de los derechos y las libertades individuales en pro de una mayor seguridad colectiva.

> 4. Si, en atención al tiempo transcurrido, desde que se cometió el delito o desde que la persona eludió la acción de la justicia, la entrega resultara injusta o cruel;
>
> […] 10. Si la entrega no resultara compatible con los derechos de la persona de conformidad con la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; […]".

De igual modo, Francia establece como motivo obligatorio de denegación:

> Cuando la orden haya sido librada con el objeto de perseguir o condenar a una persona por razón de su sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual.[43]

Estos datos, aportados a modo de ejemplo, hacen que, desde la perspectiva del ordenamiento español, las miradas críticas estén vueltas hacia los textos que, desde Europa, parecen fijar mínimos en la tutela de los derechos y la garantía de las libertades y que obligan a los países miembros, como mínimo a su cumplimiento y, por qué no, a su más amplio y comprometido desarrollo.

Si comenzamos a ver la garantía y el desarrollo de los derechos humanos como una amenaza a la lucha eficaz y certera contra el terrorismo y demás delincuencia transnacional, quizá estemos poniendo las bases, sin ser conscientes de ello, de una sociedad aún más violenta e insegura.

---

[43] Normativa aplicable desde el 13 de marzo de 2004, por la que se incorpora al ordenamiento francés la Decisión Marco sobre la orden europea. Véase ‹www.mju.es/euroorden/francia.pdf›.

Bibliografía

ALEGRE, Susi y LEAF, Marisa: *European Arrest Warrant: a solution ahead of this time?*, Justice, Londres, 2003.

ALIX, Dominique: *Les droits fundamentaux dans le procès pénal*, Montchrestien, París, 1997.

ARANGÜENA FANEGO, Coral: "La orden europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco sobre la 'euroorden'", *Revista de Derecho Penal* nº 10, septiembre 2003.

BARBÉ, Esther: *La política europea de España 2002-2003*, Working Paper nº 48, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Observatori de Política Exterior Europea, junio 2003.

BENOIT, Loïck: "Le mandat d'arrêt européen", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* nº 465, febrero 2003.

BORRÁS, Alegría (y otros): *El Tercer Pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 1997.

BUENO ARÚS, Francisco: "Medidas jurídicas eficaces para reprimir la delincuencia organizada y las actividades terroristas", *La Ley* nº 1, 1990.

— "Breves observaciones a la ratificación por España de los Convenios europeos de extradición y de asistencia judicial en materia penal", *Revista de Derecho Público* nº 94, 1984.

CARRERA HERNÁNDEZ, Jesús: "La cooperación policial y judicial penal: componente del espacio de libertad, seguridad y justicia", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* nº 2, 1998.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *La soberanía de los Estados y la cooperación internacional en la lucha contra la criminalidad organizada*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia: la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, Lex Nova, Madrid, 2002.

— "El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega", *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 587, 24 de julio de 2003.

CEZÓN GONZÁLEZ, Carlos: *Derecho extradicional*. Dykinson, Madrid, 2003.

CUERDA RIEZU, Antonio: *De la extradición a la euro-orden de detención y entrega: con un análisis de la doctrina del tribunal Constitucional español*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

DAMATO, Antonietta: "Estradizione e Divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo", *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo* nº 3, 1991.

DELMAS-MARTY, Mireille: "L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation", *Recueil Dalloz* nº 27, 2000.

DÍAZ BARRADO, Castor: "La cooperación policial y la cooperación judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea. Nuevas perspectivas", *Noticias de la Unión Europea* nº 218, marzo 2003.

DUEÑAS JIMÉNEZ, Valentín: "La cooperación judicial penal en el Tercer Pilar de la Unión Europea", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* nº 1792, 1 de marzo de 1997.

FLORE, Daniel: "Une justice pénale européenne après Amsterdam", *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, 1999.

FONSECA MORILLO, Francisco: "La orden de detención y entrega europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 14, enero-abril 2003.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter: "L'extradition et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. L'affaire Soering", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* nº 1, 1990.

GENSON, Roland: "Les accords d'extradition et d'entraide judiciaire signés entre l'Union Européenne et les États-Unis d'Amerique: Développements dans la coopération judiciaire transatlantique", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* nº 470, juillet-août 2003.

GONZÁLEZ CANO, Isabel: "La ejecución condicionada del mandamiento de detención y entrega europeo", *Unión Europea Aranzadi* nº 6, junio 2003.

GONZÁLEZ GARCÍA, José: "Pena de muerte y tratamientos inhumanos o degradantes en la Convención Europea de Derechos Humanos (Una aproximación desde el caso Soering)", *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993.

GOUTTES, Régis: "De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen", *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Litec, París, 1992.

IRURZUN MONTORO, Fernando: "La orden europea de detención y entrega", *Noticias de la Unión Europea* nº 225, octubre 2003.

JIMENO BULNES, Mar: "La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales", *La Ley* nº 5979, 19 de marzo de 2004.

DE KERCHOVE, Gilles, y otros: *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000.

LABAYLE, Henry: "Un espace de liberté, securité et justice", *Revue Trimestrielle de Droit Européen* nº 4, 1994.

— "Droits de l'homme, traitement inhumain et peine capitale: réflexions sur l'edification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la CEDH", *Jurisclasseur périodique*, édition générale, 1990.

LENOIR, Noëlle: "Les imperfections de l'espace pénal européen: des réponses dans la future Constitution européenne?", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* nº 469, juin 2003.

LUENGO, Luis, y otros: *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2000.

MADLENER, Kurt: "La evolución de los acuerdos internacionales de España en materia de cooperación judicial penal en los años 1989-1992", *Actualidad Penal* 1994.

MARTÍNEZ GARRIDO, Santiago: "El reconocimiento mutuo como instrumento para la construcción del Tercer Pilar", en Marcelino Oreja Aguirre (dir.): *El futuro de la Unión Europea. Unión política y coordinación económica*, Instituto de Estudios Europeos, Polo Europeo Jean Monet, Madrid, 2002.

MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "Algunas consideraciones sobre la decisión marco relativa a la Orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de extradición", *Actualidad Penal* nº 4, 2003

MIGUEL ZARAGOZA, Juan, y otros: "Política común de justicia e interior en Europa", *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XXIII, 1995.

PETIT DE GABRIEL, Eulalia: "Constitución europea y lucha contra el terrorismo. ¿Solución o involución del Estado de Derecho?", Universidad de Sevilla, ‹www.us.es/cidc/Ponencias/europea/EulaliaPetit.pdf›.

PUECHAVY, Michel: "L'extradition et les risques de violation des articles 3 et 6 de la Convention par ricochet. Observaciones a la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de octubre de 2001 (Einhorn contra Francia)", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* nº 51, 1 de julio de 2002.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: "Algunas reflexiones sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Scritti Mancini*, vol. II, 1998.

SALADO OSUNA, Ana: *La pena de muerte en derecho internacional: una excepción al derecho a la vida*, Tecnos, Madrid, 1999.

SHERLOCK, Ann: "Extradition, Death Row and the Convention", *European Law Revue*, vol. 15, 1990.

SUDRE, Fréderic: "Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, du 7 juillet 1989", *Revue Générale de Droit International Public*, 1990.

THIEUX, Laurence: *La amenaza terrorista: ¿un nuevo desafío para la seguridad europea?*, Working Paper nº 55, Institut d'Estudis Europeus, Observatori de Política Exterior Europea, enero de 2004.

TIEDEMANN, Klaus, "La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea", *Cuadernos de Conferencias y Artículos de la Universidad Externado de Colombia* nº 17, 1998.

WEYEMBERGH, Anne: "Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: leurs difficultés et leurs conséquences", *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
Instrucciones para la presentación de los artículos

1. Los artículos deberán estar escritos en español o portugués. En caso contrario, se deberá acordar oportunamente con la Redacción del **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** la posibilidad de una traducción.
2. Todos los trabajos serán puestos a consideración de la Redacción del **Anuario**, que determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
3. El material enviado deberá ser original e inédito. Si luego de publicado en el **Anuario** se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia del lugar y la fecha de la publicación original.
4. Los artículos deberán ser enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a **ius@kasuy.org,** o bien en disquete a **Plaza Cagancha 1356 of. 804, 11100 Montevideo**, dirigidos a **Jan Woischnik**.
5. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 70.000 caracteres (25 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.
6. La página 1 deberá contener la siguiente información:
   a. Nombre del autor.
   b. Título del artículo.
   c. Dirección electrónica, que se publicará.
   d. Referencia curricular de hasta 30 palabras que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
   e. Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página mediante dos asteriscos (**) junto al título del artículo.
   f. Dirección postal para el envío de los ejemplares para el autor.
7. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica), en blanco y negro o escala de grises. En el texto se indicará dónde deben insertarse.
8. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-fecha (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:
   a. **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

EJEMPLO:
Thomas Hobbes: *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1993 (1651).

b. **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación.
EJEMPLO:
Douglas Durán Chavarría: "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, Unicef, San José, 2000.

c. **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación); fecha.
EJEMPLO:
Patricia Laurenzo Copello: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, nº 34, Madrid, 1999.

d. **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de menor y mayor); fecha de consulta.
EJEMPLO:
Ariel Dulitzky: "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html› (18/2/2004).

e. En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor.
EJEMPLO:
DULITZKY, Ariel: "La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell", en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, ‹http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html› (18/2/2004).
DURÁN CHAVARRÍA, Douglas: "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, Unicef, San José, 2000.
HOBBES, Thomas: *Leviatán*, Alianza Universidad, Madrid, 1993 (1651).
LAURENZO COPELLO, Patricia: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, nº 34, Madrid, 1999.

f. Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión "et al." o "y otros". El término "autores varios" no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.