Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2007

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 2007

Tomo II

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2007 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

Año 13

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
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
Gisela Elsner

Asistentes de Redacción
Agustina González
Rosario Navarro
Manfred Steffen

Correctores
María Cristina Dutto (español) y Paulo Baptista (portugués)

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

Depósito legal 342.437 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.
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 con inclusión de la fuente.

Índice

TOMO I

Prefacio 9

I. Derecho constitucional

Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa
Gilbert Armijo Sancho (Costa Rica) 15

Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica
Víctor Bazán (Argentina) 37

Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela) 63

El derecho fundamental al juez imparcial:
influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional español
Luis Castillo Córdova (Perú) 121

Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo
José Luis Cea Egaña (Chile) 147

Instrumentos de participação popular no direito constitucional europeu e Latino-Americano
Krystian Complak (Polônia) 163

Reforma política e fidelidade partidária
Ivo Dantas (Brasil) 185

La división de poderes como principio de ordenamiento
Wolfgang Hoffmann-Riem (Alemania) 211

Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional
Ernesto Jinesta L. (Costa Rica) 227

Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades
Fernando Muñoz León (Chile) 243

¿Prevalecen los tratados internacionales sobre la Constitución?
Propuesta de una doctrina no extremista
Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Ecuador) 259

Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales
constitucionales de Latinoamérica
Lautaro Ríos Álvarez (Chile) 283

Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes
Néstor Pedro Sagüés (Argentina) 301

II. Derecho procesal constitucional

El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
Dino Carlos Caro Coria (Perú) 313

Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia
Juan Colombo Campbell (Chile) 345

El amparo como proceso "residual" en el Código Procesal Constitucional peruano.
Una opción riesgosa pero indispensable
Francisco José Eguiguren Praeli (Perú) 371

Tendencias actuales del amparo en El Salvador en lo relativo
a los actos susceptibles de control
Manuel Arturo Montecino Giralt (El Salvador) 399

Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca
Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala) 419

Instrucciones para la presentación de los artículos 439

TOMO II

III. Derechos y garantías individuales

A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado
Hidemberg Alves da Frota 459

Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad
Raúl Castaño Vallejo (Colombia) 497

El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales
y otras formas de castigo crueles o degradantes
Rolando E. Gialdino (Argentina) 533

A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural
como prerrogativa humana individual
Reinaldo Pereira e Silva (Brasil) 545

El derecho a no ser registrado
Túlio Vianna (Brasil) 571

Da necessidade de políticas de controle da imagem feminina nos meios
de comunicação como forma de não-discriminação da mulher
Cynthia Semíramis Machado Vianna 593

As cotas raciais para o acceso à universidade e o princípio da igualdade na C.F. de 1988
Sandro Ziccarelli Pandolfi 607

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)
Alirio Abreu Burelli (Venezuela) 639

Desconstitucionalizar la xenofobia: una propuesta desde México
Miguel Carbonell (México) 653

Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
al derecho constitucional colombiano
Jaime Córdoba Triviño (Colombia) 667

Trata de mujeres con fines de explotación sexual:
una violación a los derechos humanos en el Perú
Teresa del Pilar de la Torre Salazar (Perú) 685

Reflexiones sobre la sentencia de fondo de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos en el caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros,
relativo a la aplicación de la pena de muerte en Trinidad y Tobago
Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú) 701

V. Derecho de la integración

Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales
de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración
Miguel Ángel Ciuro-Caldani (Argentina) 725

Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración
y en el derecho comunitario
Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia) 741

El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad
de las normas de derecho comunitario derivado andino
Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia) 761

La competencia arbitral del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General
de la Comunidad Andina
Ricardo Vigil Toledo (Perú) 773

VI. Derecho internacional público

Una reflexión sobre el diferendo argentino-uruguayo por la construcción en territorio uruguayo de dos papeleras sobre el río Uruguay
Héctor Gros Espiell (Uruguay) 787

Mecanismos jurídicos de participación de la sociedad civil ante los organismos internacionales
Susana Mosquera Monelos (España) 807

Instrucciones para la presentación de los artículos 829

III. Derechos y garantías individuales

- *Hidemberg Alves da Frota (Brasil)*
  A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado
  The protection of private life, intimacy and secrecy on Brazilian law and Comparative law

- *Raúl Castaño Vallejo (Colombia)*
  Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad

- *Rolando E. Gialdino (Argentina)*
  El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes

- *Reinaldo Pereira e Silva (Brasil)*
  A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual

- *Túlio Vianna (Brasil)*
  El derecho a no ser registrado

- *Cynthia Semíramis Machado Vianna*
  Da necessidade de políticas de controle da imagem feminina nos meios de comunicação como forma de não-discriminação da mulher

- *Sandro Ziccarelli Pandolfi*
  As cotas raciais para o acceso à universidade e o princípio da igualdade na C.F. de 1988

Hidemberg Alves da Frota (Basil)*

A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado**

1. Introdução

Com arrimo no Direito brasileiro e no Direito Comparado, este artigo perscruta o conteúdo, a densidade, o campo de incidência e as peculiaridades das informações sigilosas alojadas no direito à vida privada, a fim de proporcionar ao profissional do Direito subsídios conceituais esclarecedores e orientação relevante quanto a problemáticas jurídicas concernentes à proteção da privatividade em sede de litígios judiciais e administrativos.

2. Conceito do direito á vida privada

O *direito à vida privada* (art. 5º, inc. X, 1ª parte, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 21, do Novo Código Civil, a Lei nº 10.406, de 12 de janeiro de 2002),

---

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Advogado. Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

** Dedico este artigo à minha mãe, Consuelo Alves da Frota, pela postura doce, escorreita e solidária com aqueles que privam da sua convivência, comprometida em propiciar vazão à sua consciência moral e se aperfeiçoar na senda evolutiva, conferindo a seus familiares modelo de pureza de espírito, sincero interesse de assistir ao próximo e de compreender, de modo saudável e ético, os dramas e dilemas da psique individual e coletiva.

*** Agradecimento ao Prof. Jurandir Sebastião, pela paciente e operosa análise, fundamental no aperfeiçoamento deste artigo.

constitui o fundamento jurídico para que a pessoa (física ou jurídica de Direito Privado) possa exigir dos demais componentes da sociedade respeito à faculdade de excluir do escrutínio externo (mormente estatal e coletivo) aspectos de sua existência desprovidos de suficiente interesse público e relevância social, concernentes a informações apenas compartilhadas com pessoas de sua confiança e, em ocasiões excepcionais, compulsoriamente publicizadas ou fornecidas a terceiros por força de impositivo jurídico-legal.

A propósito, impende trazer a lume o conceito de direito à vida privada contido na Resolução nº 428 (§ C, nº 2), expedida em 23 de janeiro de 1970 pela antiga Assembléia Consultiva (em 1975 renomeada para *Assembléia Parlamentar*[1]) do Conselho da Europa, que assim estatui:

> 2. O direito ao respeito à vida privada consiste essencialmente em poder se levar a própria vida com o mínimo de interferência. Alude à vida privada, à vida familiar e doméstica, à integridade física e moral, à honra e à reputação, à prevenção contra falsa imagem, a não se dar publicidade a fatos irrelevantes e embaraçosos, a não se publicarem fotografias particulares, à proteção contra o uso indevido de comunicações privadas, à proteção contra a divulgação de informações fornecidas ou recebidas confidencialmente pelo particular. Aqueles que, por sua própria conduta, incentivaram revelações indiscretas em relação às quais depois se insurgiram não podem invocar ulteriormente o direito à vida privada.[2]

---

[1] BURNETT, Anne. *Guide to Researching the Council of Europe*. Disponível em: <http://www.llrx.com/features/coe.htm>. Acesso em: 10 mai. 2006.

[2] Tradução livre nossa. No ano em curso (2006) se encontram oficialmente disponibilizados o inteiro teor em francês e em inglês do acima referenciado § C, nº 2, da Resolução nº 428 (1970): "2. Le droit au respect de la vie privée consiste essentiellement à pouvoir mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence. Il concerne la vie privée, la vie familiale et la vie au foyer, l'intégrité physique et morale, l'honneur et la réputation, le fait de ne pas être présenté sous un faux jour, la non-divulgation de faits inutiles et embarrassants, la publication sans autorisation de photographies privées, la protection contre l'espionnage et les indiscrétions injustifiables ou inadmissibles, la protection contre l'utilisation abusive des communications privées, la protection contre la divulgation d'informations communiquées ou reçues confidentiellement par un particulier. Ne peuvent se prévaloir du droit à la protection de leur vie privée les personnes qui, par leurs propres agissements, ont encouragé les indiscrétions dont elles viendraient à se plaindre ultérieurement."; "2. The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially. Those who, by their own actions, have encouraged indiscreet revelations about which they complain later on, cannot avail themselves of the right to privacy". Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Résolution/Resolution 428 (1970) (Assemblée Parlementaire/Parliamentary Assembly). Disponível em: <http://assembly.coe.int >. Acesso em: 10 mai. 2006. Versão espanhola extra-oficial, cf. HOLCBLAT, Alexander Rosemberg; SANZ, Moirah Sanchez. *El derecho a la privacidad en interne*t. *Revista de Derecho Informático.* Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=770>. Acesso em: 11 mai. 2006. Versão em português brasileiro, cf. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, p. 119.

3. Os círculos concêntricos da vida privada

Enfocamos o direito à vida privada sob o prisma da concepção de "teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada"[3], "teoria das esferas da personalidade"[4], "teoria dos três graus"[5] ou "teoria das três esferas"[6] proposta por Heinrich Henkel, em relação à qual acrescentamos novos subsídios. Trata-se de formulação teórica explicitada por Henkel durante a edição de 1957 de tradicional congresso jurídico alemão (*Deutscher Juristentages*, Fórum Jurídico Alemão, conferência bianual promovida desde 1860 pela Associação Alemã de Juristas, *Deutscher Juristentag e.V.*[7]), ocorrido à época na cidade de Düsseldorf[8]. Tal concepção doutrinária tem sido divulgada no Brasil por Paulo José da Costa Jr. desde 1970[9], quando da publicação da primeira edição de sua clássica monografia, *O direito de estar só:* tutela penal da intimidade.

Inspirados em Henkel, entendemos que a esfera privada (o *círculo da vida privada em sentido amplo*) encerra *três círculos concêntricos* (camadas dentro de camadas): o *círculo da vida privada em sentido restrito* (a camada superficial), que contempla o *círculo da intimidade* (a camada intermediária), no qual se acomoda o mais denso desses três compartimentos, o *círculo do segredo* (núcleo).

> Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre)*. Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Além da esfera privada, situam-se os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pes-

---

[3] COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só*: *tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 36.

[4] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*: *uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 254.

[5] SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 366. Apud PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, nº 26, abr.-jun. 1999, p. 66.

[6] BELLOQUE, Juliana Garcia. Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003, p. 39.

[7] DEUTSCHER JURISTENTAG E.V. *DJT at a Glance*. Disponível em**:** <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=770>. Acesso em: 10 jun. 2006.

[8] HENKEL, Heinrich. *Der strafschutz des privatlebens gegen indiskretion*. In: NIPPERDEY, Hans Carl; LARENZ, K (Org.). *Verhandlungen des 42, Deutschen Juristentages in Düsseldorf 1957*: Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere im Hinblick auf die Entwicklung der modernen Nachrichtenmittel, aus, um das Privatleben gegen Indiskretion zu schützen? Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, Band II, Sitzungsberichte, Teil D, Abt. 1. p 59-145.

[9] COSTA JR, Paulo José da. Op. cit., passim. A primeira edição é da mesma editora e de 1970, cf. SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: *de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002.* 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 233.

soas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição.

No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quivis ex populo*, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer: da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio; bem assim, determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo.

Por derradeiro, no âmago da esfera privada está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimsphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Conseqüentemente, a necessidade de proteção legal, contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa.[10]

A teoria dos círculos concêntricos fecharia o sistema ao estabelecer a existência de três círculos, sendo que o exterior, de maior diâmetro, abarcaria o direito à privacidade, a que os alemães chamam de *privatsphare* (sem sentido restrito) ou ainda *intimsphare*, correspondente à *privatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos. O segundo círculo corresponderia à esfera da confiança, crédito ou fidúcia, a que os juristas alemães denominam *vertrauenssphare*, e, finalmente, o terceiro e último, o círculo do segredo (*geheimsphare* ou *vertraulichkeitssphare*), correspondente à *riservatezza* dos italianos e à *sphere of privacy* dos americanos, círculo onde ficaria agasalhada a reserva, o sigilo ou a vida íntima no seu sentido restrito.[11]

Estribado na concepção da vida privada como esfera composta por três anéis internos, examinamos o conteúdo de cada círculo concêntrico, a fim de discernir suas características marcantes e distintivas.

---

[10] COSTA JR., Paulo José da. Op. cit., p. 36-37.

[11] CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54. Nesse sentido: FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, jan.-mar. 1994, p. 99; TAVARES, Juarez. *A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, jan.-mar. 1993, p. 50; FOLMANN, Melisa. *Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e* Decreto 3.724/2001: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 47-49; FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. *Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV: aspectos constitucionais*. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 99-100 VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 17-18, 24-27; BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003, p. 39-41; PENTEADO, Jaques de Camargo. *O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas*. In: Id. (Org.). *Justiça Penal – 4*: *críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: RT, 1997. p. 73.

3.1 O círculo da vida privada stricto sensu

De caráter periférico[12], dedicado a questões de ordem material e à crosta dos relacionamentos humanos, o círculo da vida privada *stricto sensu* (o círculo do privado não-íntimo) ressoa opaco a assuntos espirituais, conexos à liberdade de consciência (art. 5º, inc. VI, 1ª parte, da CF/88) e de pensamento (art. 5º, inc. IV, 1ª parte, da CF/88).

Extremidade da vida particular mais perceptível ao observador externo e menos reveladora da personalidade de cada um, serve de palco à faceta material da esfera privada e às relações interpessoais perfunctórias, ilustradas pelas amizades circunscritas ao coleguismo. Nessa seara perfilam quer noções ligeiras sobre a rotina diária do indivíduo, quer os dados indicativos do seu patrimônio.

No círculo da vida privada em sentido estrito reside o *sigilo patrimonial*, constituído por "informações concernentes ao patrimônio amealhado pelo indivíduo, aspecto relativo ao seu direito de alheamento"[13]. Constitui compartimento cativo dos sigilos *fiscal*, *financeiro* (este, subgênero cuja espécie notória é o sigilo *bancário*), *empresarial* e correlatos.

Em suma, o *círculo da vida privada em sentido estrito* ecoa a dimensão material e/ou superficial da vida privada, englobando o sigilo patrimonial (*e.g.*, fiscal, financeiro e empresarial) e o sigilo de dados e registros de comunicações (no qual se sobressai o sigilo de dados e registros telefônicos, também aludido como *sigilo telefônico*[14]).

---

[12] Com o fito de tão-somente facilitar a visualização na mente do leitor da teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel, compare-se: o círculo da vida privada em sentido amplo lembra o todo do sistema solar; o círculo da vida privada em sentido estrito, o sistema solar externo (dos planetas exteriores, mormente os gigantes gasosos); o círculo da intimidade, o sistema solar interno (dos planetas "terrestres" ou interiores); o círculo do segredo, o Sol. Sobre o sistema solar e seus componentes, cf. ARNETT, William. *An overview of the solar system*. Disponível em: <http://www.nineplanets.org/overview.html>. Acesso em: 17 dez. 2004. Nesse sentido: RONAN, Colin A. *História natural do universo*: *do Big Bang até ao fim do tempo*. Lisboa: Verbo, [1992?], p. 106; ASIMOV, Isaac. *O universo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Bloch, 1974, p. 36. Em vez do sistema solar, a comparação (licença poética de cunho didático) pode ser feita também com a estrutura geológica da Terra: o círculo da vida privada em sentido amplo simbolizaria o globo terrestre; o círculo da vida privada em sentido estrito, a crosta; o círculo da intimidade, o manto; o círculo do segredo, o núcleo. Sobre as camadas terrestres, cf. WICANDER, Reed; MONROE, James S. *Historical geology*: *evolution of the Earth and life through time*. St. Paul: West, 1989, p. 12-13.

[13] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 475.

[14] Sublinha o Ministro Celso de Mello: o sigilo telefônico "incide sobre os dados/registros telefônicos e [...] não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas". Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

Ressalte-se que os *sigilos* situados no círculo da vida privada *stricto sensu* tendem a ser identificados também como *segredos*. Entretanto, preferimos evitar a sinonímia, posto que, aos olhos da teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel, o vocábulo *segredo* corresponde à determinada informação agrupada em esfera central da vida privada, a de raio mais restrito, *o círculo do segredo*.

3.1.1 Sigilos fiscal e financeiro

O *sigilo fiscal* alude à proibição de se divulgarem informações obtidas pela Fazenda Pública e seus agentes acerca da situação econômica ou financeira do contribuinte ou de terceiros, bem assim sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (art. 198, *caput*, 2ª parte, do Código Tributário Nacional, c/c art. 5º, incs. X e XII, da CF/88)[15].

Já o *sigilo financeiro*, à luz da análise conjunta do *caput* e §§ 1º e 2º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, concerne ao caráter confidencial das operações ativas e passivas, bem como dos serviços prestados pelo elenco de instituições financeiras e equiparadas insculpido na Lei Complementar nº 105/01: (1) bancos de qualquer espécie; (2) distribuidoras de valores mobiliários; (3) corretoras de câmbio e de valores mobiliários; (4) sociedades de crédito, financiamento e investimentos; (5) sociedades de crédito imobiliário; (6) administradores de cartões de crédito; (7) sociedades de arrendamento mercantil (*leasing*[16]); (8) administradoras de mercado de balcão organizado; (9) cooperativas de crédito; (10) associações de poupança e empréstimo; (11) bolsas de valores e de mercadorias e futuros; (12) entidades de liquidação e compensação; (13) outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional; (14) empresas de fomento mercantil (*factoring*)[17].

Ainda com relação à definição de sigilo financeiro, ante o acima exposto, com suporte, portanto, na Lei Complementar nº 105/01 (*caput* e §§ 1º e 2º, do art. 1º), infere-se que se trata do dever jurídico de as instituições financeiras (inclusive seus empregados[18]) zelarem pela confidencialidade das informações privadas de seus clien-

---

[15] ALVES, José Wanderley Bezerra. *Comissões parlamentares de inquérito*: *poderes e limites de atuação*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 423.

[16] SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 478-479.

[17] As empresas de *factoring*, instituições equiparadas às financeiras (§ 2º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/01) para fins de proteção do sigilo de suas operações (ativas e passivas) e serviços prestados, desenvolvem atividade empresarial "mista atípica = serviços + compra de créditos (direitos creditórios) resultantes de vendas mercantis". Cf. LEITE, Luiz Lemos. *Factoring no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 30.

[18] BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário*: *análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003, p. 67.

tes a elas confiadas. Desnecessário frisar que, do ponto de vista do Direito Positivo nacional, *sigilo financeiro* é subgênero de que *sigilo bancário* é espécie[19], sendo este respeitante às informações privadas e confidenciais, sob os auspícios de instituições bancárias e pertinentes à sua clientela.

O traço mais significativo da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atinente aos sigilos fiscal e bancário se relaciona aos critérios que o Pretório Excelso delineou, a orientarem a decisão administrativa e colegiada de Comissão Parlamentar de Inquérito, quando esta procede à quebra, sem prévia autorização judicial e em decorrência de seus poderes de investigação próprios de autoridade judicial penal (art. 58, § 3º, 1ª parte, da CF/88)[20], dos sigilos bancário e fiscal, assim como do sigilo de dados e registros telefônicos (ou, recorde-se, simplesmente *sigilo telefônico*), daqueles que se encontram sob sua investigação. Para que o STF considere constitucional a quebra, *sponte sua*, por CPI, de sigilos fiscal, bancário e telefônico, é necessário o respectivo ato parlamentar homenagear estes requisitos:

(1) Menção expressa a indícios idôneos e concretos da existência de atividade irregular, a traduzirem a legítima *causa provável*;
(2) Objeto da quebra guardar nexo de "pertinência temática" com o fato determinado objeto do inquérito parlamentar em curso;
(3) Comprovação de que constitui providência imprescindível, porquanto ineficazes meios ou fontes lícitas de provas menos gravosas à dignidade (bens, direitos e interesses) do investigado;
(4) Explícita previsão ao possível lapso temporal em que ocorreu a suposta irregularidade.

Tais pressupostos foram consignados na decisão liminar proferida pelo Ministro Cezar Peluso em 17 de maio de 2006[21], no Mandado de Segurança nº 25.966/DF, amparado nos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede dos Mandados de Segurança nº 23.452/RJ (relator, Ministro Celso de Mello), nº 23.466/DF (relator, Ministro Sepúlveda Pertence), nº 23.619/DF (relator, Ministro Octavio Gallotti) e nº 23.639/DF (relator, Ministro Celso de Mello). Em decisões monocráticas (abaixo aludidas), os Ministros Nelson Jobim, Cesar Peluzo e Joaquim Barbosa proí-

---

[19] Ibid., p. 66.

[20] COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 10, jul.-set. 1995, p. 60. Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. *Limitações constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, nº 44, jul.-set. 2003, p. 154.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.966/DF (medida liminar). Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, F, 17 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/MS25966liminar.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2006.

biram a quebra, por CPIs, dos sigilos bancário e fiscal, quando estribada tão-somente em matéria jornalística.

> "É vedada a quebra de sigilos bancário e fiscal com base em matéria jornalística." (MS 24.982-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, julgamento 08/07/04, DJ 02/08/04). No mesmo sentido: MS 25.812-MC, Rel. Min. Cezar Pelluso, decisão monocrática proferida pelo presidente Min. Nelson Jobim, julgamento 27/01/06, DJ 06/02/06.[22]

Mesmo entendimento esposado pelo STF no acórdão do Mandado de Segurança nº 24135/DF (relator, Ministro Nelson Jobim).

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - ROUBO DE CARGAS. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO DO IMPETRANTE COM BASE EM MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. EXCEPCIONALIDADE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA VIDA PRIVADA DOS CIDADÃOS SE REVELA NA EXISTÊNCIA DE FATO CONCRETO. AUSÊNCIA DA CAUSA PROVÁVEL JUSTIFICADORA DAS QUEBRAS DE SIGILO. SEGURANÇA CONCEDIDA.[23]

No tocante à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobressai a preocupação da Primeira Turma em acentuar que a Fazenda Pública pode obter do Poder Judiciário a quebra dos sigilos bancário e fiscal, no bojo de execução fiscal, apenas se "esgotadas todas" as medidas extrajudiciais direcionadas a especificar certos dados patrimoniais do executado sem a necessidade de acesso a ambos os sigilos. Nessa direção salientou o Ministro-Relator Teori Albino Zavascki em 28 de agosto de 2005, no Recurso Especial nº 724178/SP[24], à semelhança de seu voto-condutor nos arestos concernentes aos Recursos Especiais nº 733773/SP, nº 744369/SP e nº 705761/RS, além do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 644456/SC, do qual foi redator do acórdão, uma vez que vencido o voto do Ministro-Relator José Delgado. No Recurso Especial nº 724.178/SP, em 16 de fevereiro de 2006, reiterou-se o voto-condutor do Ministro Albino Zavascki:

> A jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que não é cabível a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações acerca da existência de bens do devedor inadimplente, excepcio-

---

[22] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Comissão Parlamentar de Inquérito*: *jurisprudência*. Brasília, DF: STF, 2006, p. 33. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 9 jun. 2006.

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança nº 24135/DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 3 de outubro de 2002. *Diário da Justiça da União*, 6 jun. 2003, p. 32. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 9 jun. 2006.

[24] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 724178/SP (Processo nº 200500229520). Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 9 de agosto de 2005. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 22 ago. 2005, p. 144. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 9 jun. 2006.

> nando-se tal entendimento somente na hipótese de estarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial.[25]

A Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, em 17 de novembro de 2004, na Remessa e Apelação em Mandado de Segurança concernente ao Processo nº 200150010054182 (relator, Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund)[26], verificou que a Administração Pública Tributária, ao prezar pela "plena eficácia da capacidade contributiva", pode atuar no sentido de "identificar o patrimônio e os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte", cruzando informações "em poder da Administração Fazendária", tais quais "os dados referentes à CPMF, bem como as declarações de Imposto de Renda". Nessa circunstância, o sigilo bancário se manteria intacto, cabendo à autoridade fazendária "zelar pela integridade da intimidade do contribuinte", ao evitar a "divulgação pública" de tais informações.

Já em 10 de junho de 2002, no Agravo de Instrumento nº 87933 (relator, Desembargador Federal Ricardo Regueira), a Primeira Turma do TRF da Segunda Região, em prol do resguardo do sigilo fiscal, vedou envio de três últimas declarações de bens de devedores executados, bem assim de seus representantes legais, pleiteadas pelo exeqüente com vistas a facilitar a localização dos bens do executado, em sede do processo executivo judicial.

> - O credor deve esgotar todos os meios disponíveis que possibilitem não só a descoberta dos bens do devedor como também a garantia do resultado prático do processo executivo, de modo a não transferir tarefa que lhe cabe exclusivamente executar.
>
> - Deve o exeqüente manejar o instrumento processual acautelatório adequado para a localização e resguardo dos bens supostamente existentes de propriedade do devedor, ao invés de mobilizar a máquina judiciária, que já trabalha no limite de suas forças.[27]

Em consonância com o posicionamento da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, proferido no supracitado Agravo de Instrumento nº 87933, a Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em

---

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). Recurso Especial nº 724.178/SP (Processo nº 2005/0022952-0). Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 mar. 2006, p. 249. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 9 jun. 2006.

[26] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (Sexta Turma). Remessa e Apelação em Mandado de Segurança/ES (Processo nº 200150010054182). Rio de Janeiro, 17 de novembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 2 dez. 2004, p. 104. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund.

Disponível em: <http://www.trf2.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2006.

[27] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (Primeira Turma). Agravo de Instrumento nº 87933/RJ (Processo nº 200102010456752). Relator: Desembargador Federal Ricardo Regueira (votação unânime). Rio de Janeiro, 10 de junho de 2002. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 16 jul. 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 mai. 2006.

28 de março de 2006, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento e Agravo de Instrumento nº 20050020056081AGI DF (relator, Desembargador Waldir Leôncio Júnior), ratificou o tino daquele órgão judicante fracionário de que, em execução judicial, se cogita a quebra judicial do sigilo fiscal do executado apenas caso comprovadamente esgotados os demais meios para se localizarem os bens sujeitáveis à penhora.

> 2. A quebra do sigilo fiscal é medida extraordinária, incomum. Por isso a Turma tem entendido, com razão, que: "Estando a quebra do sigilo fiscal em desacordo com o direito à inviolabilidade dos dados pessoais e à privacidade, seu deferimento está condicionado à prova inequívoca de que foram esgotados todos os meios para localização de bens passíveis de penhora" (AGI 2005.00.2.008591-4, Rel. Des. Carmelita Brasil, in DJ 31-01-2006, p. 95).[28]

3.1.2 Sigilo empresarial

Radicam no sigilo empresarial todas as informações (inclusive as de natureza comercial, industrial, tecnológica, econômica, financeira, contábil, as atinentes às propriedades artística, literária e científica e aquelas a respeito da vida interna da empresa individual ou da sociedade empresária) possuidoras de utilidade prática e valor econômico para seu titular, alheias ao conhecimento público, em relação às quais o titular tomou as medidas de segurança apropriadas a garantir a respectiva confidencialidade, cujo uso, exploração, divulgação ou obtenção desautorizada é passível de acarretar dano patrimonial (mormente de caráter econômico ou financeiro) ao titular e que, quando constam de arquivos estatais, devem estar imunes ao direito à informação pública[29].

---

[28] BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Segunda Turma Cível). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento e Agravo de Instrumento nº 20050020056081AGI DF (julgamento simultâneo, Acórdão nº 240056). Relator: Desembargador Waldir Leôncio Júnior (votação unânime). Brasília, DF, 6 de março de 2006. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 28 mar. 2006, p. 105. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2006.

[29] Extrai-se o cerne do sigilo empresarial compulsando-se o teor do art. 166.2, do Código Comercial de Macau de 1999 (Decreto-Lei nº 40/99/M, de 2 de agosto), do art. 64.1, do Código do Procedimento Administrativo de Macau (Decreto-Lei nº 57/99/M, de 11 de outubro), do art. 62.1, do Código do Procedimento Administrativo de Portugal (Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de novembro, alterado pelo Decreto-Lei nº 6/96, de 31 de janeiro de 1996), do art. 10, nº 1, 2 e 3, da Lei de Acesso aos Documentos da Administração Pública de Portugal (Lei nº 65/93, de 26 de agosto, alterada pela Lei nº 8/95, de 29 de março), do art. 122, da Lei de Propriedade Intelectual da Nicarágua (Lei nº 354, 1º de junho de 2000), dos arts. 86 e 87, da Lei de Propriedade Intelectual do Chile (Lei nº 19.039, de 24 de janeiro de 1991, alterada pela Lei nº 19.996, de 25 de fevereiro de 2005), do art. 39.2, do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS (incorporado na ordem jurídica brasileira pelo art. 1º, do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, ao ratificar a Ata Final da Rodada Uruguai das Negociações Comerciais Multilaterais do GATT), do art. 195, inc. XI, da Lei de Propriedade Intelectual do Brasil (Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996), e do art. 169, da Nova Lei de Falências do Brasil (Lei nº 11.011, de 9 de fevereiro de 2005).

São, portanto, espécies do gênero sigilo empresarial quaisquer informações empresariais de índole confidencial cuja revelação implique ponderável risco de dano material. Inserem-se nesse rol as informações empresariais de jaez comercial, industrial, tecnológico, econômico, financeiro, contábil e administrativo, além daquelas alcançadas pelo direito à propriedade intelectual. Independe estarem inscritas somente em arquivos do setor privado ou também estarem contidas em arquivos do setor público.

O Parecer nº 153/2005, de 29 de junho de 2005, da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – CADA[30], entidade auxiliar da Assembléia da República portuguesa, ao se abeberar em pareceres anteriores da CADA sobre sigilos de empresa, recordou que o campo de incidência do sigilo empresarial[31] abarca, inclusive, "*os aspectos particulares de financiamento, as previsões de viabilidade e de rendibilidade específicas de uma empresa (privada), as estratégias de captação de clientes ou de desenvolvimento futuro, a identificação de modelos ou de técnicas a seguir no desenvolvimento da actividade*" (conteúdo do Parecer nº 106/2001 e do Parecer nº 147/2001, ambos da CADA).

O desvelar de determinado sigilo periga redundar no descobrimento de outro sigilo, em "efeito cascata". No caso da instituição bancária, a quebra indevida do sigilo bancário, além de impor ônus desnecessário à vida privada do consumidor, acarreta também efeito nocivo ao sigilo empresarial, expondo a relação contratual mantida entre tal instituição financeira e seu cliente. Nesse compasso, cite-se, na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, a ementa do *Habeas Corpus* nº 199701000260307 (relator, Desembargador Federal Osmar Tognolo, Terceira Turma, julgado em 3 de setembro de 1997), que trazemos à colação a seguir, ressalvando que tradicionalmente a jurisprudência pátria costuma, em vez de invocar o sigilo empresarial, se referir ao sigilo comercial, em função da antiga divisão legal entre Direito Civil e Comercial, finalizado com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

> 2. Conforme já decidido por esta Turma no julgamento do HC nº 1997.01.00.016227-7/DF, "os dados relativos à vida contratual de uma instituição bancária estão protegidos pelo segredo comercial (art. 17 e 19 - Cód. Comercial), que se insere no conceito amplo de segredo bancário, somente podendo ser devassados por ordem judicial".[32]

---

[30] PORTUGAL. Comissão de Acesso aos Documentos Públicos – CADA. Parecer nº 153/2005. Lisboa, 29 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.cada.pt>. Acesso em: 20 mai. 2005.

[31] As citações serão feitas no formato original, em português europeu.

[32] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (Terceira Turma). Habeas Corpus nº 199701000260307. Relator: Desembargador Federal Osmar Tognolo. Brasília, DF, 3 de setembro de 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 6 fev. 1998, p. 230. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2005.

3.1.2.1 Sigilo de escrituração empresarial

Encerra-se no sigilo empresarial o *sigilo de livros de escrituração empresarial* (art. 1.179, *caput*, do CCB/02), sucessor do *sigilo de escrituração comercial*[33] ou *sigilo de livros comerciais*[34] (art. 17, do derrogado Código Comercial brasileiro, a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850).

O sigilo de livros de escrituração empresarial abarca (1) o sistema de contabilidade, mecanizado ou não, baseado na escrituração uniforme dos livros da empresa, em correspondência com a documentação respectiva, (2) o balanço patrimonial e (3) o de resultado econômico (art. 1.179, *caput*, do CCB/02). Comparado com o sigilo de livros de escrituração comercial, o sigilo de livros de escrituração empresarial alude não só ao empresário ou à sociedade que pratica atos de comércio, como também a quem exerce qualquer outra atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966, *caput*, c/c art. 981, *caput*, do CCB/02).

Quanto às exceções nas quais é lícita a exibição de livros comerciais, convém atinar com os exemplos fornecidos pelo magistério de José Wanderley Bezerra Alves:

> a) por ordem da autoridade judicial, atendendo requerimento da parte interessada: na liquidação de sociedade, na sucessão por morte de sócio e na solicitação de acionistas que representem 5% ou mais do capital social quando houver fundadas suspeitas de graves irregularidades na administração social (CPC, art. 381, I a III) e nas demais questões relativas à comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem (Código Civil de 2002, art. 1.191); também pode ser determinada a exibição para fins de verificação judicial para efeitos de falência e concordata, a pedido dos credores (Decreto-lei nº 7.661/45, art. 1º, § 1º, art. 30, III e art. 172); e b) a pedido da fiscalização da seguridade social (Lei nº 8.212/91, art. 33, § 1º), que poderão requisitar força pública para obtenção (CTN, art. 200).[35]

Tendo-se em vista o advento do Estatuto Falimentar de 2005 (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005), nota-se que os exemplos supracitados por Bezerra Alves (em obra de 2004) a respeito do Estatuto Falimentar de 1945 (art. 1º, § 1º, art. 30, III e art. 172, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945) podem hoje ser substituídos pela alusão aos seguintes dispositivos da Nova Lei de Falências: art. 7º, *caput*, § 2º, art. 22, inc. I, alínea "c", art. 104, *caput*, incs. II e inc. V, art. 105, inc. V, e art. 110, § 2º, inc. I.

Similar caminho ao magistério de Bezerra Alves percorre o escólio de Ovídio Rocha Barros Sandoval:

> No exame da legislação vigente, a exibição de livros comerciais é possível na hipótese de fiscalização tributária, conforme o disposto no art. 195 do Código Tribu-

---

[33] Adota a expressão *sigilo da escrituração comercial*: HUNGRIA, Nelson. *O segredo em torno da escrituração comercial*. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, ano 3 (nova fase), nº 10, jul.-set. 1965, p. 137-141.

[34] Adotam o rótulo *sigilo de livros comerciais*: ALVES, José Wanderley Bezerra. *Comissões parlamentares de inquérito: poderes e limites de atuação*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 430; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. *CPI ao pé da letra*. Campinas: Millennium, 2001, p. 127-129.

[35] ALVES, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 430-431.

> tário Nacional e a respeito de fiscalização previdenciária e da seguridade social (Lei nº 8.212/91, art. 33, § 1º), vinda a Súmula 439 do Supremo Tribunal Federal a estatuir: "estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação".[36]

Além da sobredita Súmula STF nº 439, de 1º de outubro de 1964, calha mencionar, também no Supremo Tribunal Federal, as Súmulas nº 260, de 13 de dezembro de 1963 (*"O exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes"*), e nº 390, de 3 de abril de 1964 (*"A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva"*).

3.1.2.2 Sigilo industrial

O Código de Defesa e Proteção do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) em seu art. 55, § 4º, positiva o sigilo industrial, ao estabelecer, *in verbis*:

> Art. 55. [...]
>
> [...]
>
> § 4° Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

O Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, se refere em três ocasiões ao sigilo industrial:

(1) Art. 16, § 3º: agasalha dever de os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente preservarem o sigilo industrial "quando solicitarem ou prestarem informações";
(2) Art. 17, § 3º: torna acessível ao público o Relatório de Impacto Ambiental, respeitada a matéria de sigilo industrial, assim expressamente caracterizada;
(3) Art. 17, § 4º: preceitua publicação da renovação e da respectiva concessão de licença ambiental, resguardado o sigilo industrial.
Na Apelação Cível nº 70011698974 (julgada em 9 de fevereiro de 2006)[37], o voto-condutor do Desembargador Ubirajara Mach de Oliveira, da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, trouxe à baila o magistério do espanhol José Antonio Gómez Segade, exposto na monografia *El secreto industrial (know how)*: Concepto y protección. Madri**:**

---

[36] SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros.Op. cit., p. 129.

[37] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Sexta Câmara Cível). Apelação Cível nº 70011698974/Comarca de Canoas. Relator, Desembargador Ubirajara Mach de Oliveira. Porto Alegre, 9 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2006.

Tecnos, 1974, p. 66-67, a espitular 3 (três) requisitos para se detectar a presença do sigilo bancário:

(1) O "caráter oculto do conhecimento";
(2) O "interesse que deve apresentar para a empresa";
(3) E a "manifestação de vontade do titular da empresa no sentido de mantê-lo secreto".

No que tange à incumbência de o empregado resguardar o sigilo industrial, de acordo com o mencionado voto-condutor do Desembargador Ubirajara, inspirado no magistério de Gómez Segade, essencial haver manifestação de vontade "reconhecível externamente", de preferência pela "inserção, no contrato de trabalho, de cláusula que imponha o dever de silêncio (op. cit., p. 223 e 227)".

Na Apelação nº 93.010.4/6-00 (relator, Desembargador Olavo Silveira, julgada em 10 de fevereiro de 2000), a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se situou pela indenização a ser efetuada por "empregados que se apossam de desenhos técnicos e segredos industriais, utilizando-os em empresa própria para fabricação e comércio de peças de máquinas produzidas pela autora"[38].

Ainda em relação ao sigilo industrial, impende transcrever a ementa abaixo, da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (relator, Desembargador Roberto de Abreu e Silva, Apelação Cível, Processo nº 2002.001.25013, julgada em 3 de junho de 2003).

> RESPONSABILIDADE CIVIL. SEGREDO E TECNOLOGIA INDUSTRIAL. APROPRIAÇÃO INDEVIDA. SUB-ROGAÇÃO LEGAL COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO. Retrata o contexto probatório dos autos, notadamente da prova pericial, que os produtos industrializados por ambas as empresas originam-se do mesmo projeto e base tecnológicas, evidenciando a apropriação por ato ilícito de segredo industrial de produção de artefatos pirotécnicos assinalados, praticados pelos réus. Tal conduta configura violação da norma do artigo 159 do Código Civil, implementando a obrigação de reparar perdas e danos. As circunstâncias de o crédito resultar das condições estabelecidos numa negociação subjacente frustrada, envolvendo uma associação de capital e tecnologia com outra empresa, não retira da sociedade apelante 3 o direito de sub-rogar-se no valor do crédito por ela honrado perante o credor originária, assegurado como líquido e certo pela ordem jurídica civil. PROVIMENTOS PARCIAIS DOS APELOS 1 E 3. DESPROVIMENTO DO APELO 2.[39]

---

[38] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Quarta Câmara de Direito Privado). Apelação nº 93.010.4/6-00. Relator: Desembargador Olavo Silveira. São Paulo, 10 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2006.

[39] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Terceira Câmara Cível). Apelação Cível (Processo nº 2002.001.25013). Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Rio de Janeiro, 3 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2006.

3.1.3 Sigilo de dados e registros de comunicações

O círculo da privatividade[40] *stricto sensu* (privado não-íntimo) não alberga o sigilo do *conteúdo* de comunicações, mas hospeda o *sigilo de dados e registros de comunicações*.

O sigilo de dados de comunicações diz respeito aos bancos de dados pessoais mantidos pelo fornecedor do serviço de comunicação. Exemplos: fichas cadastrais de usuários de sociedades empresárias prestadoras de serviço quer de *bipe* ou *pager*, quer de *e-mail* gratuito. Em tal contexto, bancos de dados pessoais correspondem ao que o Direito Comunitário Positivo europeu define como conjuntos estruturados de dados pessoais, acessíveis segundo critérios determinados, centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico. Essa definição resta inserta em dois Diplomas Legais adotados pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia: Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995 (Capítulo I, art. 2º, alínea "c") e Regulamento (CE) 45/2001, de 18 de dezembro de 2000 (Capítulo I, art. 2º, alínea "c")[41].

Já o *sigilo de registros de comunicação* concerne à rotina de uso de determinada mídia. Exemplos: data do envio da correspondência via Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, número do aparelho de telefax discado, duração da chamada[42] telefônica, nome do destinatário[43] do telegrama, lista de e-mails, dados de tráfego e de localização relacionados às comunicações eletrônicas.

---

[40] Conquanto reconheçamos que *privacidade* se tornou expressão majoritária no Direito brasileiro e português, optamos por *privatividade*, porquanto este, ao contrário de privacidade, constitui vocábulo de incontroversa consonância com o vernáculo. Cf. INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 1 CD-ROM.

[41] UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (CE) nº 45/2001, de 18 de dezembro de 2000. Relativo à proteção das pessoas singulares (pessoas físicas) no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

[42] Conforme o art. 2º.2, alínea "e", da Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia nominam *chamada* a ligação estabelecida por meio de um serviço telefônico publicamente disponível que permite uma comunicação bidirecional em tempo real. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

[43] No art. 1º, da Diretiva 95/46/CE, a alínea "f" reputa *destinatário* a pessoa singular (física) ou coletiva (jurídica), a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que receba comunicações de dados, independentemente de se tratar ou não de um terceiro, salvo as autoridades suscetíveis de receberem comunicações de dados no âmbito de uma missão de inquérito específica. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

Dentre os registros comunicativos eletrônicos, encontram-se os *dados de tráfego* e os *dados de localização*. Enquanto que *dados de tráfego* são quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação, por meio de uma rede de comunicações eletrônicas ou para efeitos da faturação da mesma (art. 2º.2, alínea "b", da Diretiva 2002/58/CE), os *dados de localização* são quaisquer dados tratados numa rede de comunicações eletrônicas indicadores da posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de serviço de comunicações eletrônicas publicamente disponível (art. 2º.2, alínea "c", da Diretiva 2002/58/CE)[44].

3.1.3.1 Sigilo de dados e registros telefônicos

Quanto ao sigilo de dados e registros de comunicações, destaca-se o *sigilo telefônico*, composto pelo *sigilo de dados cadastrais de usuários de telefonia fixa e móvel*, assim como pelo *sigilo dos registros de chamadas telefônicas*.

Embora o *sigilo de dados e registros telefônicos* e o *sigilo do conteúdo de comunicações telefônicas* se agrupem no art. 5º, inc. XII, da CF/88, ambos não se confundem. Consoante enfatiza o voto-condutor do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, de 16 de setembro de 1999, o *sigilo telefônico* "incide sobre os dados/registros telefônicos e [...] não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas"[45].

Em outros termos, à luz dessa espécie de teoria dos círculos concêntricos da vida privada, o descerramento da tênue película recobridora do *sigilo telefônico* (sigilo de dados cadastrais de usuários de telefonia fixa e móvel, bem assim sigilo dos registros de chamadas telefônicas) se denota *insuficiente* para caracterizar devassa na *vida íntima* do *utilizador*[46], porque a abertura do sigilo de dados e registros telefônicos não alcança a quebra do *sigilo do conteúdo das comunicações telefônicas*, esta, sim, a se imiscuir nos recônditos da esfera privada, ou seja, na seara do *círculo da intimidade*, muitas vezes por meio da *interceptação telefônica*, o ato de terceiro captar conversação telefônica (*interceptação telefônica lato sensu*), a qual se divi-

---

[44] UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2002/58/CE, de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

[45] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello (votação unânime). Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2004.

[46] No art. 2º.1, da Diretiva 2002/58/CE, a alínea "a" chama *utilizador* a pessoa singular que utilize um serviço de comunicações eletrônicas publicamente disponível para fins privados ou comerciais, não sendo necessariamente assinante deste serviço. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2002/58/CE de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

de na interceptação telefônica *stricto sensu* (captação do diálogo ao telefone, sem ciência dos interlocutores) e na escuta telefônica (captação da conversação com a anuência de um dos interlocutores)[47].

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Terceira Câmara Criminal), a ementa e o voto-condutor do Mandado de Segurança nº 293.304-3/2 (relator, Desembargador Gonçalves Nogueira, 23 de novembro de 1999) atesta que o acesso à lista de assinantes de serviço de telefonia celular, em matéria de impacto à vida privada, se equipara ao acesso à lista de assinantes de serviço de telefonia convencional posta em catálogo telefônico, caso o conhecimento daquela se restrinja à autoridade policial judicialmente autorizada a tanto, em face da necessidade de se investigar a macrodeliqüência.

> *A guarda e conservação sob sigilo pela autoridade de lista dos assinantes de telefonia celular, compreensível dos respectivos nomes e endereços, não tem condão de, por si só, acarretar risco à preservação da intimidade pessoal ou resultar em devassa da vida privada*. A medida insere-se no poder cautelar do juiz criminal, justificada a necessidade para agilizar, em caráter premonitório, eventuais procedimentos investigativos relacionados à macrodelinqüência sofisticada. [...][48] (grifos nossos)
>
> Ora, desde que a autoridade impetrada se conteve em sua autorização apenas a listas de assinantes de telefonia celular, além dos respectivos endereços, não se vislumbra nenhuma afronta à preservação de suas intimidades, ou que daí resulte em devassa da vida privada. Tem-se em vista tão-somente *dados cadastrais*, à semelhança das conhecidas listas de telefonia convencional, a serem mantidos sob o sigilo a cargo da autoridade policial, que velará por sua guarda e conservação, ao fito de facilitar de imediato virtuais atividades investigatórias. De óbvia inferência, não propriamente de se adiantar à eventual *interceptação telefônica*, pois, aí sim, urge respeitar o estatuído na Lei 9.296/96. Se tanto não bastasse, põe-se de manifesto nenhum risco de divulgação, reafirmada a precisão dos termos em que se definiu a providência.[49] (grifos do autor)

A propósito, assim o magistério de Luiz Flávio Gomes distingue *registros telefônicos* de *comunicações telefônicas em si*:

---

[47] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 284. A doutrina brasileira também se refere à escuta telefônica pela expressão *gravação clandestina*. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição? cidadania? violência. 2. ed. Porto* Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 107.

[48] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Terceira Câmara Criminal). Ementa do Mandado de Segurança nº 293.304-3/2. Relator: Desembargador Gonçalves Nogueira. São Paulo, 23 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2006.

[49] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Terceira Câmara Criminal). Voto-condutor do Mandado de Segurança nº 293.304-3/2. Relator: Desembargador Gonçalves Nogueira. São Paulo, 23 de novembro de 1999. p. 7. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2006.

> Desde logo é preciso distinguir: *uma coisa é a "comunicação telefônica" em si, outra bem diferente são os registros pertinentes às comunicações telefônicas, registros esses que são documentados e armazenados pela companhia telefônica, tais como: data da chamada telefônica, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, etc*. Pode-se dizer que esses registros configuram os "dados" escritos correspondentes às comunicações telefônicas. Não são "dados" no sentido utilizado pela ciência da informática ("informação em forma codificada"), senão referências, registros de uma comunicação telefônica, que atestam sua existência, duração, destino, etc. Vêm estampados nas denominadas "contas telefônicas", que também integram o amplo espectro da "privacidade" da pessoa. [...][50] (grifos nossos)

No Mandado de Segurança nº 452.761-3/5-00 (relator, Desembargador Damião Cogan, 6 de maio de 2004), a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça paulista teve por lícita a ordem judicial para fornecimento de dados cadastrais de telefonia móvel a autoridades policiais, ante a necessidade de assegurar a eficácia das investigações realizadas.

> MANDADO DE SEGURANÇA - Ordem judicial para que concessionária de telefone celular forneça à autoridade policial senha de acesso para eventuais investigações criminais - Alegação de violação do dever de resguardo da intimidade dos assinantes e do dever legal de sigilo da prestadora de serviços - Inexistência de direito líquido e certo - Deveres que comportam exceções - Medida necessária para rápido e eficaz combate à criminalidade organizada e violenta - Sobrepujança do interesse público ao privado - Não violação do direito constitucional de resguardo da intimidade - Medida que não se confunde com autorização de interceptação telefônicas - Inteligência do art. 5º, XII, da Constituição Federal da lei n. 9.296/96 e da Lei n. 9.472/97 - Segurança denegada. (Mandado de Segurança n. 452.761-3/5 - Franca - 5ª Câmara Criminal - Relator: Damião Cogan - 06.05.04 - V.U.)[51]

Na Apelação Crime nº 70004599379 (relatora, Desembargadora Maria da Graça Carvalho Mottin, 8 de outubro de 2002), a Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vislumbrou lícita a "coleta de dados armazenados nas relações de chamadas de telefone celular apreendido"[52] durante flagrante delito (tráfico de entorpecentes). Em mesmo sentido se posicionou, no Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Sétima Turma), o voto-condutor da Apelação Criminal nº 2002.04.01.0291123-1/PR (relator, Desembargador Federal Fábio Rosa, 29 de abril de 2002), ao afiançar que "a simples verificação dos números das últimas

---

[50] GOMES, Luiz Flávio. *A CPI e a quebra do sigilo telefônico*. *Consulex*: revista jurídica, Brasília, DF, v. 1, nº 5, mai. 1997, p. 40.

[51] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Quinta Câmara Criminal). Ementa do Mandado de Segurança nº 452.761-3/5-00. Relator: Desembargador Damião Cogan. São Paulo, 6 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2006.

[52] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Câmara Especial Criminal). Ementa da Apelação Crime nº 70004599379. Relatora: Desembargadora Maria da Graça Carvalho Mottin. Porto Alegre, 8 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2006.

chamadas feitas e recebidas constantes na memória do telefone celular não significa, por si só, violação ao sigilo telefônico, desde que a apreensão do aparelho seja legítima"[53]. Antes, na Apelação Criminal nº 1997.71.00.024315-2/RS (relator, Desembargador Federal Volkmer de Castilho, 19 de novembro de 2001), a mesma Corte Federal sulista (Oitava Turma) também considerou dispensável prévia chancela judicial, em relação a telefone celular licitamente apreendido em investigação policial, que, depois, foi objeto de "simples checagem dos últimos números registrados na memória do aparelho, ainda que por outra pessoa que não o proprietário"[54], ainda mais se houve anterior beneplácito do Poder Judiciário para a autoridade policial em questão efetuar monitoramento eletrônico das conversações mantidas por meio de aparelhos celulares de propriedade dos réus apelantes.

Grassa dissenso na jurisprudência federal brasileira quanto ao poder requisitório do Ministério Público da União relacionado ao acesso ao sigilo de dados cadastrais de telefonia. Enquanto a maioria da jurisprudência federal pátria tem condicionado à prévia autorização judicial a prerrogativa de o Ministério Público da União obter acesso ao sigilo de dados telefônicos (*Habeas Corpus* nº 200204010210747, TRF da Quarta Região, 12 de agosto de 2002; *Habeas Corpus* nº 199901000679827, TRF da Primeira Região, 15 de fevereiro de 2000; Apelação Criminal nº 200435007156205, Primeira Turma Recursal da Seção Judiciária de Goiás, 24 de agosto de 2004; *Habeas Corpus* nº 200102010167651, TRF da Segunda Região, 8 de outubro de 2001), parcela minoritária do repositório da jurisprudência federal (Agravo de Instrumento nº 200203000431662, TRF da Terceira Região, 21 de maio de 2003; Apelação Criminal nº 199971000243152, TRF da Quarta Região, 19 de novembro de 2001) reconheceu o poder requisitório de o MPU requisitar, sem a anterior interveniência judicatória, o teor do sigilo de dados telefônicos. Sendo matéria controversa, a prestadora de serviço de telefonia possui plausível e ponderado argumento jurídico para se opor à requisição ministerial, sem caracterizar prática de crime de desobediência (art. 330, do Código Penal brasileiro), salvo se anterior ou posteriomente houver decisão judicial a corroborar a juridicidade da exigência alinhavada pelo *Parquet*.

> DIREITO PENAL E CONSTITUCIONAL. DESOBEDIÊNCIA. REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO DOS DADOS E COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. ART. 5º, INC. XII, CF/88. DOLO. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

---

[53] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Voto-condutor da Apelação Criminal nº 2002.04.01.0291231-1/PR. Relator: Desembargador Fábio Rosa (votação unânime). Porto Alegre, 29 de abril de 2003. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 21 mai. 2003, p. 808. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2006.

[54] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Oitava Turma). Apelação Criminal nº 1999.71.00.024315-2/RS. Relator: Desembargador Federal Volkmer de Castilho (votação unânime). Porto Alegre, 19 de novembro de 2001. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 13 fev. 2002, p. 802. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2006.

> 1. Em que pesem as prerrogativas institucionais do Ministério Público que, no exercício de suas atribuições investigatórias, tem o direito de requisitar documentos bem como informações a entidades públicas e privadas (art. 8º da LC 75/93), não se deve olvidar que os dados e comunicações telefônicas estão acobertados por sigilo constitucional, o qual, segundo entendimento pretoriano, só pode ser quebrado mediante ordem judicial específica.
>
> 2. Havendo controvérsia jurisprudencial acerca do tema, não configura crime de desobediência o fato de o administrador de empresa concessionária de telefonia negar-se ao atendimento da requisição ministerial, justificando sua recusa em face do disposto no art.
>
> 5º, inciso XII da CF, bem como ante as possíveis implicações advindas da quebra do sigilo telefônico dos clientes, sem a respectiva autorização.
>
> 3. Restando evidenciada a ausência de dolo, tornando atípica a conduta, cabível o trancamento do inquérito policial.[55]

3.2 O Círculo da intimidade

A segunda circunferência, o *círculo da intimidade*, reflete o aspecto espiritual e denso da esfera privada, celeiro das liberdades pessoais e caixa de ressonância para as idiossincrasias do ser humano, plasmado nos sigilos familiar, profissional, doméstico e do conteúdo de comunicações.

> O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o *direito de estar só*.[56] (grifos do autor)
>
> No Acórdão nº 128/92 [...], considerou-se estar em causa "o direito de cada um ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. [...] Neste âmbito privado ou de intimidade está englobada a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (*v.g.* a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou o domicílio), e bem assim os meios de expressão e comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.). [§] Este *direito à intimidade* ou *à vida privada* – este direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular – compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado [...]". E no Acórdão nº 319/95 [...] afirmou-se que "*o direito à reserva da intimidade da vida privada (...)* é o direito de cada um a ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias; o

---

[55] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Oitava Turma). *Habeas Corpus* nº 200204010210747/PR. Relator: Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro (votação unânime). Porto Alegre, 12 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br>. Acesso em: 13 jun. 2006.

[56] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: *parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

> direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular (...)" [...].
>
> [...] tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido [...] que o direito à reserva da intimidade da vida privada não deixa de redundar na tutela jusfundamental de uma "esfera pessoal íntima" (cf. os Acórdãos nos 456/93 e 355/97, publicados, respectivamente, no *Diário da República I-A Série*, de 9 de Setembro de 1993 e de 7 de Maio de 1997) e "inviolável" (cf. o Acórdão nº 319/95, publicado no *Diário da República II Série*, de 2 de Novembro de 1995), de "um núcleo mínimo onde ninguém penetre salvo autorização do próprio titular" (cf. Acórdão nº 264/97), que abrange, "no âmbito desse espaço próprio inviolável" (cf. Acórdão nº 355/97), *inter alia*, os aspectos relativos à vida pessoal e familiar da pessoa, designadamente, "os elementos respeitantes à *vida* (...) *conjugal, amorosa e afectiva* da pessoa (tais como, por exemplo, os projectos de casamento e separação, as aventuras amorosas, as amizades, afeições e ódios)" [...].[57] (grifos do autor)

Nessa senda, preceitua o art. 15.2, alínea "a", do Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares da Assembléia da República Portuguesa (Lei nº 05, de 1º de março de 1993, alterada pela Lei nº 126, de 10 de dezembro de 1997)[58]: as Comissões Parlamentares de Inquérito do Parlamento lusitano, após a publicação do relatório final, podem dar publicidade às suas atas e aos documentos sob sua posse, exceto se revelarem matéria sujeita a segredo de Estado, a segredo de justiça ou a *sigilo por razões da reserva de intimidade das pessoas*.

3.2.1 Uso abusivo dos meios de comunicação

No âmbito do direito à intimidade sobressai desdobramento do direito à vida privada consubstanciado no direito de não ser importunado pela sociedade, pelo Poder Público e por seus pares. Posto de outro modo: "O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros. Em outras palavras, é o *direito de estar só*."[59] (grifos do autor)

Nos círculos concêntricos da esfera privada, encaixilha-se, sobretudo, no círculo da intimidade, a proteção contra o emprego de meios de comunicação como instrumentos para intrusão da vida privada.

---

[57] Voto-condutor do Conselheiro Benjamim Rodrigues perante a 2ª Seção da Corte Constitucional portuguesa. Cf. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 607-03. Relator: Conselheiro Benjamim Rodrigues. Lisboa, 5 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 13 jul. 2004.

[58] PORTUGAL. Regime jurídico dos inquéritos parlamentares. Disponível em: <http://www.parlamento.pt>. Acesso em: 3 jul. 2004.

[59] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: *parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 180.

A Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, no Recurso Inominado nº 71000690016 (relator, Juiz de Direito Luiz Antônio Alves Capra, 15 de fevereiro de 2006)[60], elucidou que consubstancia dano moral "o reiterado envio de mensagens indesejadas pelo fornecedor do serviço" de telefonia celular, notando invasão de privatividade em tal conduta, uma vez que o consumidor "se vê, assim, em diferentes horários do dia perturbado em seus afazeres cotidianos e forçado, inclusive, até mesmo a desligar o aparelho". No Recurso Inominado nº 71000796094 (relatora, Juíza de Direito Mylene Maria Michel, 16 de novembro de 2005)[61], a indicada Segunda Turma Recursal Cível inferiu afronta à vida privada na remessa, via aparelho celular, de "torpedo[62] supostamente ofensivo ao autor".

A Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, na Apelação Cível no Juizado Especial nº 2005110674967ACJ DF (relator, Juiz de Direito João Batista Teixeira, 10 de março de 2006)[63], detectou menoscabo do "núcleo essencial de privacidade e de direito de personalidade" na conduta de "fornecedora de serviços de TV por assinatura, que celebra contrato de prestação de serviços, incluindo no pacote canal adulto que exibe sexo explícito, sem prestar informação clara e adequada a respeito e sem consentimento do consumidor e, que ao receber reclamação, adota providência paliativa, não impedindo o acesso aos filmes pornográficos por parte de menores".

Em função da invasão da intimidade deflagrada, via internet, de modo anônimo, acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro (Agravo de Instrumento nº 2004.002.20186, Oitava Câmara Cível, Desembargadora-Relatora Letícia Sardas, 26 de abril de 2005) e Rio Grande do Sul (Apelação Cível nº 70009810839, Décima Primeira Câmara Cível, Desembargador-Relator Ney de Freitas Barcellos, 1º de dezembro de 2004) anuíram com a identificação do autor dessa espécie exacerbada de intrusão da vida privada, flexibilizando o direito à privatividade do autor do ilícito eletrônico, a fim de melhor assegurar a defesa do direito à intimidade da vítima.

---

[60] RIO GRANDE DO SUL. Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71000690016/Comarca de Catuípe. Relator: Juiz de Direito Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2006.

[61] RIO GRANDE DO SUL. Segunda Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado nº 71000796094/Comarca de Camaquã. Relatora: Juíza de Direito Mylene Maria Michel. Porto Alegre, 16 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2006.

[62] *In casu*, mensagem escrita, com conteúdo amoroso, enviada pelo celular.

[63] BRASIL. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais e Cíveis do Distrito Federal. Apelação Cível no Juizado Especial nº 20050110674967ACJ DF. Acórdão nº 240077. Relator: Juiz de Direito João Batista Teixeira. Brasília, DF, 10 de março de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 24 mar. 2006, p. 174. Disponível em: <http://www.tjdf.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2006.

INTERNET INFORMAÇÕES CADASTRAIS
AÇÃO CAUTELAR EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO
CONCESSÃO DE LIMINAR

Ação cautelar de exibição de documentos. Liminar. Informação de dados cadastrais. IP - Internet Protocol. Lei Geral de Telecomunicações. STFC Serviço de Telefonia Fixa Comutada. Invasão do sistema de informação. Hacker. Anonimato e privacidade. Direitos do usuário. 1. A evolução da Internet, como ocorre com o desenvolvimento de qualquer inovação tecnológica, provocou uma transformação no estudo das normas jurídicas, formando o que se pode denominar de direito digital ou direito da informática, que tem o desafio de equilibrar a delicada balança em que se pesa o interesse econômico, a proteção da privacidade e o anonimato. 2. Os hackers são indivíduos que entram num sistema de informática, quebrando sistemas de segurança, para causar danos. 3. A discussão do tema segurança na rede envolve a discussão de dois assuntos polêmicos: anonimato e privacidade. 4. O direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação. 5. O direito ao anonimato constitui um dificultador dos mecanismos de segurança em ambiente virtual. 6. Incentivar a clandestinidade na rede significa torná-la um mundo em que ninguém é obrigado a nada, nem responsável por nada. 7. Os provedores, como portas de entrada e saída da rede, são os que têm possibilidade de averiguar os dados dos internautas que sejam seus clientes, propiciando que se investigue a prática de atos irregulares. 8. Desprovimento do Agravo de Instrumento.[64]

TELET. Ação Cautelar Inominada.

A pretensão do autor de ter acesso a informações que levem à identificação da autoria de mensagem de cunho hostil enviada pela INTERNET ao celular do seu filho, menor impúbere, se sobrepõe ao dever da ré, prestadora do serviço de telefonia móvel, de garantir a privacidade de seus clientes.

Apelo improvido.[65]

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Mandado de Segurança (Criminal) nº 1.0000.04.414635-5/000 (Terceira Câmara Criminal, Desembargador-Relator Paulo Cézar Dias, 1º de março de 2005)[66], ante a prática de crimes contra a honra pela internet ("envio de mensagens injuriosas e de conteúdo difamatório"), se posicionou favorável à obtenção direta pela autoridade policial (sem anterior autori-

---

[64] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Oitava Câmara Cível). Agravo de Instrumento nº 2004.002.20186. Relatora: Desembargadora Letícia Sardas. Rio de Janeiro, 1º de março de 2005. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2006.

[65] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Décima Primeira Câmara Cível). Apelação Cível nº 70009810839. Relator: Desembargador Bayard Ney de Freitas Barcellos. Porto Alegre, 1º de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2006.

[66] MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Terceira Câmara Criminal). Mandado de Segurança (Criminal) nº 1.0000.04.414635-5/000 (Comarca de Caratinga). Relator: Desembargador Paulo Cézar Dias. Belo Horizonte, 1º de março de 2005. *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 29 abr. 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2006.

zação judicial) de "dados cadastrais em poder do provedor de acesso à Internet, que permitam a identificação de autor de crimes digitais", o que não feriria "o direito à privacidade e o sigilo das comunicações, uma vez que dizem respeito à qualificação de pessoas, e não ao teor da mensagem enviada", sendo, ademais, tal requisição policial, argumentou o voto-condutor, "inserida nas atribuições do Delegado de Polícia, por força do art. 6º do CPP".

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 372.645.4/7-00 (Sexta Câmara de Direito Privado, Desembargador-Relator Percival Nogueira, 1º de setembro de 2005)[67], ratificou medida liminar, de antecipação de tutela, pela exclusão de comunidade virtual criada em popular site de relacionamentos da internet, porquanto a referida comunidade digital (voltada a apoiar determinada cidadã em disputa pela guarda da filha), acabou por servir de palco a manifestações anônimas contra a honra e a privacidade do ex-marido daquela e pai desta. O voto-condutor (Voto nº 2.128) apontou para a preponderância, in casu, dos direitos à honra e à privacidade sobre a liberdade de expressão realizada no anonimato e, ainda, frisou que, "sendo a criadora da comunidade a mediadora responsável por evitar excessos, não logrou ela fazê-lo, permitindo o anonimato e a divulgação das ofensas".

3.2.2 Sigilio familiar

O "*direito à intimidade da vida privada, como garantia de resguardo, de reserva, de protecção*[68]" – nas palavras do Tribunal da Relação de Lisboa, proferidas pelo voto-condutor do Acórdão de 23 de junho de 2004 (Processo nº 5845/2004-3, Juiz Desembargador-Relator Clemente Lima) – "*supõe a faculdade de impedir a revelação de factos relativos à vida íntima e familiar, de requerer a cessação de algum eventual abuso e o ressarcimento dos danos derivados da divulgação de um facto respeitante à vida privada*"[69] (grifos nossos).

Definição semelhante expendeu a Sala Primeira (de Direito Civil) do Tribunal Supremo da Espanha (Resolução nº 673/2004, Magistrado-Relator José Ramón Ferrándiz Gabriel, 13 de julho de 2004), para quem o "*direito à intimidade familiar tem por objeto garantir ao indivíduo um âmbito reservado de sua vida coincidente com aquele em que se desenvolvem as relações de tal natureza, pois*" – saliente-se – "*o*

---

[67] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Sexta Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 372.645.4/7-00 (Comarca de São Paulo). (Voto nº 2.128). Relator: Desembargador Percival Nogueira. São Paulo, 1º de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 15 jun. 2006.

[68] Ortografia original do português europeu.

[69] Voto do Desembargador-Relator Clemente Lima. Cf. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo nº 5845/2004-3 (Recurso Penal). Relator: Juiz Desembargador Clemente Lima (votação unânime). Lisboa, 23 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 16 jun. 2006.

permite se manter excluído tanto do conhecimento quanto das intromissões de terceiros, quer se trate de Poderes Públicos, quer de particulares"[70]. Na indicada ótica da Corte Suprema espanhola, *"não se garante uma intimidade determinada e sim o direito a possuí-la, dispondo para este fim de um poder jurídico sobre a publicidade da informação relativa ao círculo reservado, neste caso, de sua família,"* – acentue-se – "com independência do conteúdo daquilo que se deseja manter sob abrigo do *conhecimento público*"[71].

Possuem contato com a vida íntima os familiares e os amigos próximos. Tais relacionamentos integram o campo de incidência do *sigilo familiar*. Na condição de direito fundamental, a intimidade familiar aufere proteção expressa das Constituições espanhola de 1976 (art. 18.1)[72], colombiana de 1991 (art. 15, *caput*)[73], paraguaia de 1992 (art. 33, *caput*, 1ª parte)[74] e peruana de 1993 (art. 2.7)[75], sendo com freqüência

---

[70] Inteiro teor, em espanhol europeu, do período acima traduzido em tradução livre nossa: "*El derecho a la intimidad familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida coincidente con aquel en que se desarrollan las relaciones de tal naturaleza, pues permite mantenerlo excluido tanto del conocimiento como de las intromisiones de terceros, se trate de poderes públicos o de particulares, en contra de su voluntad* (entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 144/1999, de 22 de julio, 115/2000, de 10 de mayo, 119/2001, de 24 de mayo, 292/2000, de 30 de noviembre, 83/2002, de 22 de abril, y 127/2.003, de 30 de junio)." Cf. ESPANHA. Tribunal Supremo (Sala Primeira, Sala de lo Civil). Resolución nº 673/2004 (Recurso nº 2412/2000). Ponente: Magistrado José Ramón Ferrándiz Gabriel. Madrid, a 13 de Julio de 2004. Disponível em: <http:// www.poderjudicial.es>. Acesso em: 16 jun. 2006.

[71] Inteiro teor, em espanhol europeu, do período acima citado em tradução livre nossa: "*Como declaró la Sentencia del mismo Tribunal 115/2.000, de 5 de mayo, no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado, en este caso, de su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Esa doctrina se corrobora con la sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 26 de marzo de 1.985, 26 de marzo de 1.985, 7 de julio de 1.989, 25 de marzo de 1.993 y de 25 de febrero de 1997).*" Cf. ESPANHA. Tribunal Supremo (Sala Primeira, Sala de lo Civil). Resolución nº 673/2004 (Recurso nº 2412/2000). Ponente: Magistrado José Ramón Ferrándiz Gabriel. Madrid, a 13 de Julio de 2004. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es>. Acesso em: 16 jun. 2006.

[72] *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. (grifos nossos) Cf. ESPANHA. La Constitución Española. Disponível em: <http://www.congreso.es>. Acesso em: 12 jun. 2004.

[73] *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.* (grifos nossos) Cf. COLÔMBIA. *Constitución Política de la República de Colombia de 1991*. Disponível em: <http://www.senado.gov.co/>. Acesso em: 12 jan. 2004.

[74] *La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables*. (grifos nossos) Cf. PARAGUAI. *Constitución Nacional*. Disponível em: <http://www.senado.gov.py/constitu.html>. Acesso em: 16 set. 2004.

[75] Artículo 2°. *Toda persona tiene derecho:*

[…] 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. […] Cf. PERU. *Constitución Política del Perú* (1993). Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe>. Acesso em: 16 set. 2004.

mencionada pela jurisprudência hispanófona (*e.g.*, Cortes Constitucionais colombiana, *Sentencia* nº T-513/93, de 5 de novembro de 1993[76], e espanhola, *Sentencia* nº 201/1997, de 25 de novembro de 1997[77]).

3.2.3 Sigilo profissional

Além dos familiares e dos amigos próximos, compartilham da vida privada do indivíduo (ainda que em graus diferentes) os terceiros especializados em determinado mister, cujo exercício implica adentrarem o espaço privado do destinatário da atividade. Exemplos: empregados domésticos[78], secretários particulares, contabilistas, motoristas, professores de educação física, advogados, assistentes sociais, psicólogos, profissionais da saúde e conselheiros espirituais[79]. Para o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República portuguesa (Parecer nº 49/1991, de 9 de abril de 1992, Relator: Procurador-Geral Ferreira Ramos), "segredo profissional é a proibição de revelar factos[80] ou acontecimentos de que se teve conhecimento ou que foram confiados em razão e no exercício de uma actividade profissional"[81].

---

[76] "[...] *se debe entender que existen derechos fundamentales que se predican de manera exclusiva de la persona humana, v.gr. el derecho a la vida y la exclusión de la pena de muerte (artículo 11); la prohibición de desaparición forzada, torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12); el derecho a la intimidad familiar (artículo 15), entre otros."* (grifos nossos) Cf. Voto do Magistrado-Relator Herrera Vergara. Cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentencia nº T-513/93. Magistrado ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Santafé de Bogotá, Noviembre 5 de 1993. Disponível em: <http://www.ramajudicial.gov.co> Acesso em: 12 jan. 2005.

Ementa da Sentencia nº 201/1997, de 25 de novembro (acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha). Cf. ESPANHA. Jurisprudencia Penitenciaria Constitucional 1981-2003. Disponível em: <http://www.fiscalia.org/juris/penit.htm> Acesso em: 12 jan. 2005.

[77] "*Derecho a usar la lengua eusquera en comunicaciones telefónicas con familiares. Derecho a la intimidad familiar. Recursos contra resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. La comunicación familiar no es un derecho absoluto como no lo son ninguno de los derechos constitucionales protegidos. Su ejercicio puede ser limitado o condicionado*." (grifos nossos) Ementa da Sentencia nº 201/1997, de 25 de novembro (acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha). Cf. ESPANHA. Jurisprudencia Penitenciaria Constitucional 1981-2003. Disponível em: <http://www.fiscalia.org/juris/penit.htm> Acesso em: 12 jan. 2005.

[78] "O direito ao segredo também se impõe, certamente, aos *empregados e serviçais a qualquer título*, aos quais não é dado *vasculhar salas, armários, gavetas ou compartimentos que isolem objeto, carta, fita, foto, retrato, papel* etc., tampouco se aventurar em busca de *detalhes pessoais* cujo conhecimento perturba, pouco ou muito, o espírito." (grifos nossos) Cf. JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 266.

[79] "O titular do segredo é protegido, no caso, pelo direito à intimidade, pois o profissional, médico, advogado e também o padre-confessor (por outros fundamentos) não pode liberar o segredo, devassando a esfera íntima, de que teve conhecimento, sob pena de violar aquele direito e incidir em sanções civis e penais." Cf. AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 207.

[80] Mantivemos a redação original, em português europeu.

[81] "Ponderou-se, a propósito, no parecer nº 110/56 [...]:

Trata-se do campo de incidência do *sigilo profissional* (art. 5°, inc. XIV, 2ª parte, da CF/88), calçado na proteção das "confidências feitas em razão da *função, ministério, ofício ou profissão do interlocutor*"[82] (grifos nossos), em "enumeração genérica"[83] e abrangente, na linha do Código Penal brasileiro (*crime de violação de segredo*[84] *profissional*, capitulado no art. 154[85]). O sigilo profissional se estende aos "auxiliares ou ajudantes das pessoas obrigadas ao sigilo profissional"[86], quando, por força da sua ocupação, conhecem circunstância sigilosa.

As lições da dogmática penal (com estribo no mencionado art. 154, do CPB) proporcionam a necessária noção acerca da amplitude dos sujeitos ativos e passivos conectados em relação jurídica envolvendo proteção do sigilo profissional.

No contexto do sigilo profissional, o sujeito passivo corresponde à pessoa a quem se presta determinada atividade, independente do rótulo adotado (por exemplo, cliente, paciente, consulente ou consumidor), cujo vocábulo é contingente e diversificado,

---

'O exercício de certas profissões, como o funcionamento de determinados serviços, exige ou pressupõe, pela própria natureza das necessidades que tais profissões ou serviços visam a satisfazer, *que os indivíduos que a eles tenham de recorrer revelem factos que interessam à esfera íntima da sua personalidade, quer física, quer jurídica*.

'Quando esses serviços ou profissões são de fundamental importância colectiva, porque virtualmente todos os cidadãos carecem de os utilizar, é intuitivo que a *inviolabilidade dos segredos conhecidos através do seu funcionamento ou exercício constitui*, como condição indispensável de confiança nessas imprescindíveis actividades, um *alto interesse público*.

'Daí que a violação da obrigação a que ficam adstritos certos agentes profissionais de não revelarem factos confidenciais conhecidos através da sua actividade funcional – obrigação que informa o conceito do segredo profissional – seja punível não só disciplinarmente mas também criminalmente"

Sintetizando: *segredo profissional é a proibição de revelar factos ou acontecimentos de que se teve conhecimento ou que foram confiados em razão e no exercício de uma actividade profissional* [...]." (grifos nossos) Cf. PORTUGAL. Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República. Parecer nº 49/1991. Interessado: Sr. Ministro da Saúde. Relator: Procurador-Geral Ferreira Ramos. Lisboa, 9 de abril de 1992. Diário da República, Lisboa, nº 64, 16 mar. 1995. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf?OpenDatabase>. Acesso em: 13 jan. 2005.

[82] SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 412.

[83] Ibid., p. 413.

[84] Convém reprisar o que assinalamos de início: os sigilos situados no círculo da vida privada *stricto sensu* tendem a ser identificados também como segredos. Entretanto, preferimos evitar a sinonímia, posto que, aos olhos da teoria dos círculos concêntricos da vida privada de Henkel, o vocábulo segredo corresponde aà determinada informação agrupada em esfera central da vida privada, a de raio mais restrito, o círculo do segredo.

[85] Violação do segredo profissional

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

[86] FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: *parte especial*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 177. Apud GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos*. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000, v. 2. p. 2.399.

assim como o do sujeito ativo, o qual consiste em quem toma conhecimento de determinado aspecto da vida privada alheia, por força do mister exercido. Enfatiza Luiz Régis Prado:

> É indiferente que o agente venha a ter conhecimento do segredo pelo próprio interessado ou independentemente da vontade deste, desde que o conhecimento do fato lhe tenha sido proporcionado por sua profissão ou condição pessoal. Desnecessário que o agente ainda exerça a profissão, função, ministério ou ofício no momento da revelação do segredo; basta que a transmissão tenha ocorrido durante o desempenho daquela atividade.[87]

O mister praticado pelo sujeito ativo pode configurar função, ministério, ofício ou profissão propriamente dita:

> *Sujeito ativo* do delito [de violação do segredo profissional] é, portanto, a pessoa que revela segredo de que teve conhecimento em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão. *Função* é o encargo, permanente ou temporário, atribuído por força de lei, decisão judicial, administrativa ou contrato. O conteúdo da expressão é amplo, já que o agente, ao exercer uma profissão, ofício ou ministério realiza uma série de funções específicas, inerentes a essas atividades. Logo, mesmo um estudante de medicina pode desempenhar algumas funções próprias da profissão médica. *Ministério* é o encargo vinculado a um determinado estado ou condição pessoal, alheios aos fins lucrativos (*v.g.* sacerdote, freira etc.). *Ofício* é o serviço manual ou mecânico (*v.g.* costureira, barbeiro, cabeleireiro etc.). *Profissão* é toda atividade, pública ou particular, habitual e especializada, através da qual se prestam serviços a terceiros (*v.g.* médico, advogado, psicólogos, dentistas etc.). O exercício profissional normalmente está submetido ao preenchimento de certas exigências regulamentares impostas pelo Poder Público (*v.g.* obtenção de diploma, registro profissional etc.) e tem fins lucrativos.[88] (grifos do autor)

Como ensina Arnoldo Wald, os sigilos profissionais resplandecem espécies, "densidades e conteúdos distintos, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser"[89]. Do ponto de vista do direito à vida privada, os sigilos profissionais de maior relevo jurídico são aqueles de conteúdo *extrapatrimonial*, diretamente relacionados a informações conexas ao *círculo da intimidade* e ao imo dos direitos da personalidade do sujeito passivo. Porém, mesmo no âmbito do direito à vida privada, existem sigilos profissionais sem nexo imediato com a intimidade do receptor do serviço e, ao mesmo tempo, pertinentes ao seu círculo da vida privada *stricto sensu* (ou seja, atrelados ao *sigilo patrimonial* do indivíduo alvo do fornecimento de determinada atividade de cunho profissional *lato sensu* – é dizer,

---

[87] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, v. 2, p. 351-352.

[88] Ibid., loc. cit.

[89] WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar nº 70. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, ano 1, nº 1, out.-dez. 1992, p. 198-199. Apud FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*

Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 135.

rememore-se, função, ministério, ofício ou profissão), crosta da privatividade na qual se encastoam – lembre-se – os sigilos fiscal, financeiro (*v.g.*, sigilo bancário) e empresarial (*e.g.*, sigilos industrial, comercial e contábil).

Com base no (e em complemento ao) magistério de Arnoldo Wald[90], ressalte-se que o sigilo profissional é do interesse do *sujeito passivo* (a fim de ter preservadas da ilícita e antiética exposição pública e a terceiros, pessoas físicas e jurídicas, de informações patrimoniais e extrapatrimoniais concernentes à sua vida privada), do *sujeito ativo* (com o propósito de honrar seu dever deontológico de discrição e de manter intacta sua confiabilidade e honorabilidade), assim como do Poder Público e da sociedade em geral (respeito aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, além da promoção de condições mínimas de coexistência coletiva, de desenvolvimento socioeconômico, de exercício legal de atividades profissionais e da preservação da integridade psíquica e moral da coletividade).

3.2.4 Sigilo doméstico

O círculo da intimidade acolhe os pensamentos, crenças e valores[91] da pessoa natural, desvelados amiúde e melhor cultivados em seu lar, motivo da existência do *sigilo doméstico*, a salvaguardar da exposição pública o ambiente onde a pessoa física mais descobre e desenvolve sua personalidade (espaço correspondente à morada do indivíduo em sua acepção ampliativa, isto é, ao lar *permanente* ou *provisório*, endereço *residencial* ou *profissional*) e a proteger as informações veiculadas tão-somente no espaço doméstico (ou seja, no lar *lato sensu*), cujo conteúdo pode coincidir ou não com o teor dos sigilos familiar e profissional e até transcender o conteúdo destes.

Inserem-se no *sigilo doméstico* as confidências partilhadas apenas na ambiência do lar, correspondente, quanto ao âmbito do sigilo em tela, ao endereço *residen-*

---

[90] "[...] é preciso reconhecer a existência de uma *pluralidade de segredos profissionais*, com *densidades e conteúdos distintos*, algumas vezes protegidos diferentemente pela lei, mas que obedecem a uma mesma razão de ser e que não se limitam a consagrar interesses privados, mas também correspondem a interesses sociais e públicos. O interesse privado tanto é do *cliente* como o do *profissional*, ambos necessitando e merecendo a proteção legal, por motivos diversos. Assim, o cliente não quer divulgar determinados fatos que, hoje, já são reconhecidos como constituindo um *reflexo* e uma *projeção* de sua *personalidade*. O profissional, por sua vez, considera a *discrição* como elemento do seu *fundo de comércio* e, por outro lado, os nomes dos seus clientes constituem, em determinados casos, um *verdadeiro segredo comercial* e integram o seu *fundo de comércio*. Quanto ao interesse social, consiste em assegurar o bom funcionamento das instituições e o desenvolvimento econômico do país." (grifos nossos) Cf. WALD, Arnoldo. O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiro e na lei complementar nº 70. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, ano 1, nº 1, out.-dez. 1992, p. 198-199. Apud FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade e a prova ilícita. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 135.

[91] HONG KONG. *Report*: civil liability for invasion of privacy. Hong Kong: The Law Reform Commission of Hong Kong, 9 dec. 2004, p. 6, tradução nossa.

cial (do indivíduo ou de seus familiares ou amigos chegados) ou *profissional* (consultório, gabinete ou escritório de quem, em função de seu mister, conhece a intimidade de outrem), *perene* ou *temporário*. Daí por que se relaciona o sigilo doméstico à *inviolabilidade do lar em sentido amplo*, preconizada pela Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, inc. XI, 1ª parte)[92], compreendendo não "*apenas a residência, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas todo local, determinado e separado*, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente"[93].

O espaço domiciliar previsto no art. 5º, inc. XI, 1ª parte, da CF/88, abarca qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (art. 150, § 4º, do CPB), inclusive suas dependências (art. 150, *caput*, *in fine*, do CPB), ou seja, "*os locais que se incorporam funcionalmente à casa, embora não a integrem materialmente (v.g. jardins, quintais, garagens, pátios, celeiros, adegas etc.)*"[94]. A acepção larga de domicílio inclui aposentos de hotéis e motéis, bem como o domicílio da meretriz, quando "fechado ao público"[95]. O art. 298, *caput*, do Código Penal boliviano de 1973, inclui entre as hipóteses de violação de domicílio, a entrada arbitrária em recinto habitado por outrem.[96]

Complementa Tôrres: "*[...] o domicílio no sentido da Constituição, não é só o lugar onde se realizam outras atividades cotidianas habituais, senão também o âmbito fechado erigido por uma pessoa com objetivo de desenvolver nele alguma atividade... o estabelecimento de um âmbito de intimidade constitucionalmente protegido não está vinculado à habitação em si mesma, senão ao livre desenvolvimento da personalidade e, conseqüentemente, não necessita estar identificado com a morada habitual.*"[97]

Sintetiza Alves: "*[...] o que pode ser considerado casa, no sentido constitucional? A expressão, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, tem caráter amplo, abrangendo: a) qualquer compartimento habitado; b) qualquer*

---

[92] SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 136-137.

[93] BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissão parlamentar de inquérito*: *técnica e prática.* São Paulo, 2001, p. 118.

[94] PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 351-311.

[95] GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio*. In: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui (Org.). Op. cit., p. 2.382-2.383.

[96] *ARTICULO 298. (ALLANAMIENTO DEL DOMICILIO O SUS DEPENDENCIAS): El que arbitrariamente entrare en domicilio ajeno o sus dependencias, o en un recinto habitado por otro, o en un lugar de trabajo, o permaneciere de igual manera en ellos, incurrirá en la pena de privación de libertad de tres meses a dos años y multa de treinta a cien días.* Cf. BOLÍVIA. Código penal. Disponível em: <http://www.jus.gov.ar/minjus/ssjyal/biblio/CPBolivia.html>. Acesso em: 13 jan. 2005.

[97] TÔRRES, Ana Maria Campos. *A busca e apreensão e o devido processo legal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147.

aposento ocupado de uma habitação coletiva; c) qualquer compartimento privado onde se exerça profissão ou atividade. Esse mesmo entendimento foi adotado pelo legislador infraconstitucional, consoante se verifica do § 4º, do artigo 150 do Código Penal."[98]

> Violado o domicílio, estará caracterizado o *atentado à liberdade pessoal*, no sentido de que todo o *indivíduo tem de atuar livremente dentro do espaço físico que lhe é reservado para a realização de sua vida privada*, onde não deverá ser perturbado por terceiros cuja presença ali não tenha sido autorizada pelo morador.[99] (grifos nossos)
>
> Com este alcance, a *inviolabilidade do domicílio está relacionada com o direito à intimidade pessoal (esfera privada espacial)*, previsto no art. 26°, *considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa*. É ainda um direito à liberdade da pessoa, e assim é que a Constituição considera a "vontade", o "consentimento" da pessoa (n° 2 e 3) como condição *sine qua non* da possibilidade de entrada no domicílio dos cidadãos fora dos casos de mandato judicial.[100] (grifos nossos)

Exemplo de infringência simultânea à inviolabilidade do domicílio e da intimidade reside na causa pertinente à Ação Penal nº 307, do Supremo Tribunal Federal, de 13 de dezembro de 1994 (Pleno, Ministro-Relator, Ilmar Galvão)[101], que considerou ilícito o ato de diligência fiscal de apreensão de microcomputador em domicílio (escritório) de sociedade anônima, pois a medida em tela restou desprovida de prévia autorização judicial ou do consentimento do morador (ou figura equivalente), aptas a suprirem a ausência da chancela judicial[102]. Na ocasião, o Ministro-Relator, Ilmar Galvão, grifou que o campo de incidência da proteção constitucional ao domicílio inclui "até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público" (fls. 2186/STF).

---

[98] ALVES, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 388-389. Nesse sentido: GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Comissões parlamentares de inquérito*: *poderes de investigação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 89.

[99] SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 137.

[100] Voto-condutor do Juiz Desembargador Carvalho Martins perante a Seção Cível do Tribunal da Relação de Guimarães. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Guimarães. Acórdão nº 415/04-1. Relator: Juiz Desembargador Carvalho Martins. Guimarães, 31 de março de 2003. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf?OpenDatabase>. Acesso em: 10 jan. 2005.

[101] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Penal nº 307/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1994. Brasília, DF, *Diário da Justiça da União*, 13 out. 1995, p. 34.247. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2006.

[102] Consignou o voto-condutor do Ministro Ilmar Galvão (fls. 2187/STF, parágrafo segundo): "Se a entrada dos agentes fiscais no escritório da empresa VERAX não foi consentida pelo morador ou quem a esse fosse equiparável, nem precedida de autorização judicial, ainda que tenham sido cumpridos os demais procedimentos legais, o que se pode concluir é que toda a diligência, noticiada pela imprensa como verdadeira invasão, foi maculada por um vício de origem." Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Penal nº 307/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1994. Brasília, DF, *Diário da Justiça da União*, 13 out. 1995, p. 34.247. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 jun. 2006.

3.2.5 Sigilo do conteudo de comunicações

Demais disso, no cinturão em que se encastoa a vida íntima repousa o *sigilo do teor de comunicações particulares de toda a sorte* (do colóquio ao pé do ouvido à transmissão telemática, passando pela epistolar, telegráfica, radioelétrica, telefônica e informática[103]), cujo descerramento deixa entrever em detalhes ou escancara a mentalidade da pessoa corpórea e de sua personalidade.

O sigilo de comunicações escuda "toda comunicação interpessoal realizada por meio capaz de transmitir o pensamento (*v.g*. carta, telegrama, cartão-postal, bilhete, convite, radiograma etc.)"[104] e, alerta o Código Penal espanhol de 1995 (art. 197.1)[105], serve de obstáculo a quem deseja (1) se apoderar de papéis, cartas, mensagens de correio eletrônico[106] ou quaisquer outros documentos ou bens pessoais, (2) interceptar comunicações ou (3) utilizar artifícios técnicos de escuta, transmissão, gravação ou reprodução do som ou da imagem ou de qualquer outro sinal de comunicação.

Consoante pontifica o *Bundesgerichtshof* – BGH (o Supremo Tribunal Federal alemão), segundo se consignou no repositório jurisprudencial *BGHZ* 73, 120, de 19 de dezembro de 1978 (com trecho abaixo compilado), o sigilo do conteúdo de comunicações compreende o teor de todas as comunicações privadas, mesmo aquelas relacionadas à esfera pública, a exemplo de troca de idéias sobre questões políticas e sociais por agentes políticos alvo de interceptação telefônica em sentido estrito ("captação de conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores"[107]).

> Todos, até um político exposto à arena política e em busca de publicidade, possuem, em princípio, pleito protegido pelos arts. 1º e 2º, da Lei Fundamental, no tocante à salvaguarda de sua esfera privada, em relação à qual os demais têm acesso apenas ao que ele [o político] deixa divisar. *Em sua esfera privada ele* [o político] *deve estar a salvo do controle e da censura do público, senão a base em que sua*

---

[103] Assim se diferenciam as comunicações telemáticas das informáticas: "As comunicações por sistema de informática são aquelas realizadas através do uso de equipamentos e procedimentos da área de processamento de dados; as realizadas por sistema de telemática decorrem da utilização conjugada de computador e meios de telecomunicações (via telefone)." Cf. ALVES, José Wanderley Bezerra. Op. cit., p. 429-430.

[104] PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 324.

[105] ESPANHA. Código Penal Español. Disponível em: <http://www.ruidos.org/Normas/Codigo_Penal.htm>. Acesso em: 13 jan. 2004.

[106] Conforme o art. 2º.1, alínea "h", da Diretiva 2002/58/CE, o Parlamento e o Conselho da União Européia consideram correio eletrônico qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada por meio de um rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até este a recolher. Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2002/58/CE de 12 de julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law_en.htm#directive>. Acesso em: 14 jan. 2005.

[107] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

> *personalidade pode vir à tona e se desenvolver estaria prejudicada*. Todos os eventos e expressões da vida da sua esfera pessoal estão, em princípio, protegidos pelo direito personalíssimo de assim se auto-determinar. *Isso é sobretudo verdadeiro quanto à conversação privada, a exemplo da chamada telefônica entre os Requerentes, a qual não perdeu seu caráter privado a despeito do aspecto político da conversação*. [108] (grifos nossos)

3.2.5.1 Sigilo do conteúdo de comunicações telefônicas

A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (Lei da Interceptação Telefônica), autoriza a interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza – inclusive interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática (art. 1º, parágrafo único) –, almejando facilitar a colheita de provas lícitas, em sede de investigação criminal e instrução processual penal, mediante autorização expressa do órgão judiciário competente da ação principal, sob segredo de justiça (art. 1º, *caput*).

Vedada a interceptação telefônica quando (1) ausentes indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, inc. I); (2) não se tratar de medida indispensável, porquanto a prova pode ser feita por outros meios, menos intrusivos da vida privada (art. 2º, inc. II); (3) o fato objeto da interceptação telefônica constitui infração penal punida, no máximo, com pena de detenção (art. 2º, inc. III).

Exige-se descrição clara da situação objeto da interceptação telefônica, indicando-se e se qualificando, inclusive, os indivíduos investigados, salvo impossibilidade manifesta e devidamente justificada (art. 2º, parágrafo único).

A interceptação telefônica será determinada pela autoridade judicial, (1) de ofício ou (2) via requerimento (art. 3º, *caput*), promanado, neste caso, dos seguintes órgãos: autoridade policial, na investigação criminal (art. 3º, inc. I), ou do Ministério Público, na investigação criminal ou na instrução probatória processual penal (art. 3º, inc. II).

---

[108] *"Everyone, even a politician appearing in the public arena and seeking publicity, has in principle a claim protected by Arts 1 and 2 of the Basic Law to the safeguarding of his private sphere, to which others only have access insofar as he allows them to see it. In this private sphere he must be safe from control and censorship by the public, otherwise the basis on which his personality can be realised and develop would be endangered. All the events and expressions of life of this personal sphere are in principle protected by the right of the personality to self-determination in this way*. ***This is above all true of a private conversation like the telephone call between the claimants, which did not lose its private character through the political aspect of the conversation***.

[...]

[...] *Also the fact that politicians are discussing political and social questions in their private sphere does not of itself give the public access to this area; otherwise there would be no protected private sphere for politician and this should be undeniable for them also [...]*. (grifos nossos) Cf. Tradução em inglês do Prof. Raymond Youngs, disponibilizada pelo *site* do Institute of Global Law (University College London). Cf. ALEMANHA. Bundesgerichtshof. BGHZ 73, 120. Karlsruhe, 19. Dezember 1978. Disponível em: <http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law>. Acesso em: 10 jan. 2005, tradução livre nossa da supracitada tradução anglófona.

No pedido da autoridade policial ou ministerial, impende se demonstrarem a necessidade da interceptação telefônica e os meios a serem empregados (art. 4º, *caput*). Excepcionalmente, admite-se pedido verbal, condicionado à posterior redução a termo (art. 4º, § 1°).

De acordo com interpretação conferida ao art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.296/96, pelo Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* nº 83515/RS, de 16 de setembro de 2004, Ministro-Relator Nelson Jobim), são possíveis sucessivas prorrogações judiciais do prazo legal de 15 (quinze) dias de interceptação telefônica, quando, mostrando-se complexo o fato apurado, afigura-se "investigação diferenciada e contínua"[109].

Compreende a jurisprudência pátria que a interceptação telefônica, por depender de expressa regulamentação por Diploma Legislativo, até o advento da Lei nº 9.296/96, não possuía amparo legal, ainda que explicitamente autorizada por autoridade judicial (STF, Segundo *Habeas Corpus* nº 69912/RS). A ilicitude da interceptação telefônica (mesmo judicialmente chancelada) alcançava as provas diretas e indiretas (STF, *Habeas Corpus* nº 73351/SP). Não se anula condenação penal se as provas oriundas de interceptação telefônica ilícita tão-somente complementaram o conjunto probatório (STF, *Habeas Corpus* nº 74599/SP), sem papel decisivo na fundamentação fática do decreto condenatório (STJ, *Habeas Corpus* nº 23432/SP). Lícita a prova correspondente à gravação efetuada por um dos interlocutores (no STF, *Habeas Corpus* nº 75261/MG; no STJ, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 10534/RJ, *Habeas Corpus* nº 14336/RJ, Recurso Especial nº 214089/SP).

3.3 O Círculo do segredo

Na raiz do íntimo se aloja o *círculo do segredo*, melhor reduto para a pessoa natural estar só, livre para expandir a vertente espiritual de sua existência, onde se projeta a alma humana em sua essência, a personalidade deve evolver plenamente e se planteia a imagem mais autêntica de alguém, adstrita a pensamentos (totalmente ocultos ou presentes apenas em diários e quejandos) ou unicamente desvelada (1) à seleta porção de parentes e amigos íntimos mais próximos e/ou (2) a profissionais cientes, em função da atividade exercitada, de detalhes secretos de clientes ou congêneres.

4 Conclusão

1. Na *teoria dos círculos concêntricos da vida privada* inspirada em Henkel, o *círculo da vida privada em sentido amplo* contempla três círculos concêntricos:

---

[109] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *Habeas Corpus* nº 83515/RS. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 16 de setembro de 2004. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 4 mar. 2005, p. 11.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 jun. 2006.

o círculo da vida privada em sentido estrito, o círculo da intimidade e o círculo do segredo. São camadas dentro de camadas. O círculo do segredo se insere no círculo da intimidade, que, por sua vez, se encarta no círculo da vida privada em sentido estrito;

2. No *círculo da vida privada em sentido estrito* repousa a crosta da esfera privada, a extremidade da vida particular mais perceptível ao observador externo e menos reveladora da personalidade de cada um. Essa primeira circunvolução serve de palco a relações interpessoais superficiais, exemplificadas pelas amizades que se adstringem ao coleguismo. No círculo da vida privada em sentido estrito perfilam o sigilo patrimonial (onde se alojam os sigilos fiscal, financeiro e empresarial) e de dados e registros de comunicações (a exemplo do sigilo de dados e registros telefônicos ou simplesmente sigilo telefônico). No círculo da vida privada em sentido estrito prevalecem a dimensão material da vida privada e/ou aspectos perfunctórios dos relacionamentos humanos;

3. No círculo intermediário – o *círculo da intimidade* – sobejam as idiossincrasias do ser humano e floresce a dimensão espiritual da existência humana, desdobrada nas informações confidenciais compartilhadas com familiares e amigos próximos (*sigilo familiar*) e com profissionais que têm contato com a intimidade de outrem por força da atividade exercida (*sigilo profissional*), muitas vezes desveladas no espaço domiciliar, endereço residencial ou profissional, permanente ou provisório (*sigilo doméstico*) e, neste caso, relacionadas à *inviolabilidade do domicílio* (inc. XI, do art. 5º, da CF/88). No círculo íntimo também se agasalha o *sigilo do conteúdo de comunicações privadas* (incluindo-se a telemática, epistolar, telegráfica, radioelétrica, telefônica e informática), mesmo se aludirem a questões públicas;

4. A raiz da intimidade alberga o círculo nuclear, o *círculo do segredo*, em volta do qual orbitam os demais e onde se projeta a imagem mais autêntica de alguém, (1) adstrita a diários e pensamentos ou (2) unicamente desvelada aos parentes e amigos íntimos mais chegados e/ou, ainda, a pessoas que tomam conhecimento de detalhes recônditos do indivíduo em face do mister desempenhado.

5 Referências

BARBEITAS, André Terrigno. *O sigilo bancário e a necessidade da ponderação de interesses.* São Paulo: Malheiros, 2003.

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário:* análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: RT, 2003.

BENASSE, Paulo Roberto. *A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral.* São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

D'OLIVO, Maurício. *O direito à intimidade na Constituição Federal de 1988. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 4, nº 15, p. 184-203, abr.-jun. 1996.

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. *Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV: aspectos constitucionais*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

FERREIRA, Ivete Senise. *A intimidade e o direito penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 5, p. 96-106, jan.-mar. 1994.

FOLMANN, Melisa. *Sigilo bancário e fiscal à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001: doutrina, legislação e jurisprudência.* 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *O direito à intimidade*. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, nº 19, p. 196-246, abr.-jun. 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.* São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *A CPI e a quebra do sigilo telefônico*. *Consulex*: revista jurídica, Brasília, DF, v. 1, nº 5, mai. 1997, p. 40.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: RT, 2000.

PENTEADO, Jaques de Camargo. *O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas*. In: _____. *Justiça Penal – 4: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: RT, 1997. p. 71-106.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Uma leitura constitucional da proteção ao sigilo bancário*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 804, p. 115-131, out. 2002.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Considerações sobre a tutela da intimidade e vida privada no processo penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, nº 26, p. 59-79, abr.-jun. 1999.

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. *Sigilo bancário.* São Paulo: Dialética, 2002.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade.* Curitiba: Juruá, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade:* d*e acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela.* São Paulo: RT, 1993.

Raúl Castaño Vallejo (Colombia) *

Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad **

Resumen:

La tensión existente entre el legítimo derecho punitivo del Estado y la pretensión de que el proceso penal pueda fungir como instrumento de realización y garantía de los derechos fundamentales de los individuos obliga a que se precise de métodos adecuados de armonización cuando se trata de aplicar medidas de intervención corporal, restrictivas de los derechos constitucionales. Sobre estos temas gira el trabajo, que se ocupa de la función del derecho penal como ejercicio del *ius puniendi*, las clases de intervenciones corporales incorporadas en el estatuto procesal penal colombiano y su aplicación legítima bajo el tamiz del principio de proporcionalidad.

1. Proceso penal y Constitución

El derecho penal, por antonomasia, constituye *per se* una restricción para los derechos fundamentales de los ciudadanos. El ejercicio del *ius puniendi* —derecho penal subjetivo o derecho a castigar— se traduce en la más violenta reacción de carácter social en contra de las libertades individuales y, en general, de los derechos fundamentales.

---

* Fiscal Seccional, Medellín (Colombia). Especialista en Derecho Penal y en Derecho Constitucional, Universidad de Antioquia, Medellín. ‹raulc@une.net.co›

** Dedico este trabajo a Pablo, Federico y Jorge Luis.

Las restricciones a los derechos fundamentales se proyectan por el legislador desde dos ámbitos conceptuales: De una parte, en la elaboración de normas sustanciales de prohibición o mandato dirigidas a los ciudadanos, que enlazan a su infracción como consecuencia jurídica la imposición de penas o medidas de seguridad. De otro lado, en el dictado de normas instrumentales bajo las cuales se adelantan las actuaciones procesales para el ejercicio de la jurisdicción en materia de derecho penal. En uno y otro caso debe convenirse en la existencia de una intromisión en el ámbito de los derechos fundamentales de los individuos, y corresponde al juez la materialización y aplicación de tales restricciones, lo cual debe hacerse en un ámbito de legitimidad que se irradia desde la Constitución Política, pues se acepta que "las normas son restricciones de derechos fundamentales sólo si son *constitucionales*",[1] de lo contrario se trataría no de una restricción sino de una arbitrariedad.

De allí que, si las normas penales operan como restricciones de los derechos fundamentales, los principios constitucionales, a su vez, cumplen la función de límites al ejercicio del *ius puniendi*. Es necesario, por lo tanto, en este encuentro de derechos y restricciones, el ejercicio de la ponderación judicial entre los fines y la drasticidad de las restricciones,[2] como mecanismo de justificación y legitimación de las normas limitativas de los derechos fundamentales, siempre en el entendido de que en un modelo de Estado social y democrático de derecho tiene que primar la expansión de la vigencia de los derechos fundamentales y la correlativa minimización de los poderes estatales que los restringen.[3] De hecho, la doctrina política del llamado constitucionalismo moderno se condensa en las ideas centrales del límite al poder y de la garantía de la libertad.[4]

De otra parte, no parece concitar controversia alguna el hecho de que es a través del procedimiento penal que se pueden hacer tangibles las limitaciones constitucionales al ejercicio del poder punitivo del Estado. De allí que, más allá de la función propia de realización del derecho penal material que se le atribuye al procedimiento penal, debe resaltarse su caracterización de *derecho constitucional aplicado*.[5]

Pero, si resulta perentoria la reducción de la soberanía legislativa, al tiempo se impone la racionalización de la actividad judicial. Es función del legislador la

---

[1] Robert Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 272.

[2] Martín Borowski: *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 83.

[3] Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 1995, p. 866.

[4] Maurizio Fioravanti: *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*., trad. Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2001, p. 85.

[5] Winfried Hassemer: *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. Patricia S. Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 1998, p. 67.

configuración política de los principios constitucionales, en tanto compete al juez la integración del ordenamiento para dotar de contenido material el ejercicio de su función. Radica allí el obligado equilibrio entre legislación y jurisdicción[6] como condición para un adecuado ejercicio del derecho, entendido éste como unidad constituida por segmentos de intervención o, dicho de otro modo, como un todo fraccionado en partes.[7]

2. Medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los ciudadanos

El nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano, como instrumento de aplicación del poder punitivo, contiene una serie de disposiciones de franco corte limitativo para los derechos fundamentales, entre ellas normas que colocan al individuo como fuente de prueba: medidas de intervenciones corporales como los exámenes de ADN (artículo 245), la inspección corporal (artículo 247), el registro personal (artículo 248), la obtención de muestras que involucren al imputado (artículo 249) y el reconocimiento y exámenes físicos sobre las víctimas de delitos contra la integridad personal y la libertad sexual (artículo 250).

Se trata de las llamadas *medidas* o *diligencias de intervención corporal*. La incidencia de estas medidas procesales, anticipadas a la eventual emisión de una condena como concreción del poder punitivo del Estado, se patentiza en el hecho cierto de que el imputado, quien básicamente es sujeto procesal revestido de derechos y garantías autónomas dentro de una investigación penal, se convierte en medio de prueba.[8] Las consecuencias de este rol adicional son determinantes frente a la concepción de un sistema procesal penal fundado constitucionalmente en la base de los derechos, en el que es razón de salvaguarda de la legitimidad material del sistema la perseverancia en un esquema de principios fundamentales.

La conversión del imputado de sujeto procesal en un mero objeto de la investigación o de la prueba, una suerte de instrumentalización del individuo,[9] denota una aguda

---

[6] En este sentido cf. Gustavo Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid: Trotta, 1995, p. 153: "[…] el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como 'partes' del derecho, y no como 'todo el derecho'. Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático".

[7] Ibídem, p. 153.

[8] Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 208.

[9] María Isabel Huertas Martín: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 371: "[…] el imputado sin perder su cualidad de sujeto del proceso, adquiere al propio tiempo la cualidad de instrumento de la actividad probatoria, en tanto que de su propia corporeidad pretenden extraerse elementos a los efectos de la actividad investigadora y de comprobación de los delitos".

intervención estatal en ámbitos que constitucionalmente se encuentran protegidos en favor del ciudadano sobre quien recae la investigación penal.

Pero, de otra parte, siempre ha de esgrimirse como justificación para las limitaciones de aquellos derechos fundamentales la idea de la pertinencia del ejercicio del *ius puniendi* como mecanismo de control social y, con ello, la obligación estatal de la persecución procesal a partir de la adopción de mecanismos que por su propia naturaleza resultan pugnantes con la persona del imputado.

De manera que en aquella tensión derivada de las relaciones Estado-individuo es imperativa la armonización de dos posiciones que en apariencia son opuestas: de un lado, la condición del imputado o indiciado dentro de una investigación penal, sujeto de derechos, cargas y obligaciones; de otro lado, la consideración de que aquél sea objeto de actuaciones coercitivas por parte del poder público en virtud de las diligencias que comportan un acceso directo e inmediato a su corporeidad.

Al hilo de estas consideraciones procedemos a adentrarnos en el tema de las intervenciones corporales como medidas restrictivas de los derechos fundamentales de los ciudadanos, para postular la necesidad de implementar un mecanismo adecuado de ponderación sobre el cual deben discurrir las decisiones judiciales, en la comprensión de que el conflicto entre la protección de los derechos fundamentales y las tareas persecutorias del Estado demandan una adecuada resolución que privilegie los postulados del Estado social y democrático de derecho en el que se inspira el ordenamiento jurídico colombiano.

3. Las intervenciones corporales: su definición y su regulación legal

No es pacífica la propia denominación del procedimiento coactivo de medidas de investigación sobre el cuerpo del imputado, de la víctima o de terceros, el cual de manera genérica ha sido llamado "intervenciones corporales",[10] "investigaciones corporales",[11] "registros corporales", "registros íntimos", "injerencias corporales" o "inspecciones personales".

Todas estas denominaciones finalmente aluden al mismo objeto de estudio, esto es, dicho de manera genérica, a una serie de actividades de investigación criminal de carácter invasivo encaminadas a la obtención de resultados procesales en punto del esclarecimiento de los delitos a partir del estudio del cuerpo humano, mediante la extracción de fluidos o materias propias o de la introducción de elementos técnicos a fin de obtener información relacionada con su interior o para el descubrimiento de objetos ocultos en él.

---

[10] Denominación empleada en la doctrina española: Luis Gómez Amigo: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal*, Pamplona: Thomson Aranzadi, 2003, p. 29.

[11] Traducción del término *Körperliche Undersuchung*, empleado por el St PO alemán.

Lo cierto es que la misma definición de lo que se conoce como *intervenciones corporales* no es unívoca. De las variantes que en la doctrina española se encuentran a la hora de la definición de aquellos procedimientos realizados sobre el cuerpo de las personas dentro del proceso penal, podría ensayarse la que los califica como "medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él".[12]

Pero la concreción de lo que se entiende por tales procedimientos igual se encuentra librada a la mayor imprecisión, con lo que resulta ciertamente compleja la delimitación de los distintos grados de intromisión que en los derechos fundamentales de los individuos pueda tener la gama de intervenciones, oscilantes entre los meros registros superficiales y las severas actuaciones que inclusive involucran procedimientos quirúrgicos. Acotar conceptualmente los términos y precisar los conceptos es un presupuesto para su concreción jurídica. Es la pretensión de las próximas líneas.

La doctrina pretende hacer distinciones conceptuales relativas a la clase de intervención de que puede ser objeto el cuerpo humano. Así, por ejemplo, una parte de ella reserva la calificación de *intervención corporal* al procedimiento de extracción de sangre, líquido cefalorraquídeo, orina o semen, o a la intervención que toca con el interior del cuerpo, debajo de la piel, o con los esfínteres; en tanto deja la denominación *inspecciones corporales simples* para aquellas que interesan sólo a las aberturas naturales del cuerpo, tales como boca, ano y vagina. De esta manera se conviene en que la diferencia entre inspecciones e intervenciones corporales radica en la magnitud de la intromisión: las inspecciones estarían constituidas por los registros externos o aquellos que afectan a las cavidades naturales del cuerpo humano, mientras las intervenciones entrañan la realización de un tipo de lesión, por insignificante que sea.[13]

La doctrina alemana distingue entre, por un lado, "investigación corporal del inculpado" o "examen corporal" y, por otro, "registro corporal". La investigación corporal o examen corporal se refiere a la investigación del cuerpo mismo (por ejemplo, del estado mental del imputado o del contenido de alcohol en la sangre), mientras que mediante el procedimiento de registro corporal se buscan objetos escondidos en la superficie del cuerpo o en sus cavidades naturales (boca, ano y vagina). Dentro del concepto de investigación o examen corporal se comprenden las llamadas intervenciones corporales, entre las que se alude, entre otras, a las pruebas de sangre y punción lumbar.[14] Parecería que es la gravedad de la intromisión lo que en última instan-

---

[12] Nicolás González-Cuellar Serrano: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990, p. 290.

[13] José María Asencio Mellado: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium, 1989, p. 139.

[14] Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, o. cit., p. 290.

cia constituye el factor predominante de diferencia entre una y otra medidas restrictivas de la intimidad personal.

Sin embargo, justo es reconocer que la mayoría de la doctrina alemana opta por restarle importancia a tal distinción, por cuanto ésta carece de cualquier efecto práctico. En efecto, la regulación, el procedimiento y las consecuencias jurídicas derivadas de su práctica son iguales para uno y otro evento, de modo que legislativamente resultaría inútil llevar a cabo tales distinciones.[15]

Situación similar en cuanto a la indefinición conceptual de las intervenciones corporales es la presentada en España. Ante las dificultades acrecentadas por la ausencia de una adecuada regulación legal, el Tribunal Constitucional español, en sentencia 207 de 1996,[16] hizo una diferenciación fundada en el derecho fundamental preponderantemente afectado, entre "inspecciones y registros corporales", por un lado, y las "intervenciones corporales", por otro. Las primeras, es decir, *las inspecciones o registros corporales*, son aquellas en las que "en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad". Tales inspecciones o registros corporales pueden consistir, de acuerdo con dicha sentencia, en "cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.)".

En cambio, en las *intervenciones corporales* "el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa". Consisten tales intervenciones corporales, de acuerdo con el Tribunal Constitucional español, "en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado". Ahora, atendiendo al grado de sacri-

---

[15] González Cuéllar Serrano: o. cit., p. 290.

[16] STC-207 de 1996, M. P. Vicente Gimeno Sendra. Esta sentencia del Tribunal Constitucional español es paradigmática en el tratamiento del tema que nos ocupa. Se trata de un recurso de amparo interpuesto en contra de una decisión del Juzgado de Instrucción, en virtud de la cual se había ordenado la práctica de una diligencia sobre el imputado consistente en el corte de cabello de diferentes partes de la cabeza y la totalidad del vello de las axilas, a fin de someterlos a estudio pericial para determinar si la persona era consumidora de sustancias estupefacientes.

ficio que las intervenciones corporales representan para el derecho a la integridad física, en la sentencia éstas son calificadas como leves o graves: "leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)".

Críticamente se objeta a la clasificación del Tribunal Constitucional español la amplitud con la que concibe las que denomina *inspecciones o registros corporales*, pues por una parte no parece del caso incluir allí procedimientos tales como los reconocimientos en rueda o los exámenes dactiloscópicos, y es cuestionable que tales procedimientos constituyan por sí una afectación a la intimidad corporal.[17] Por otra parte, resulta dudoso que la práctica de registros sobre cavidades corporales, que en muchos casos requieren del empleo de instrumental médico, no pueda ser catalogada como intervención corporal. De hecho, procedimientos tales como el de desnudar a las personas y obligarlas a hacer flexiones entrañan una severa carga de afectación a su intimidad que sobrepasa los límites de un mero registro.[18]

4. El tratamiento de las intervenciones corporales en el código de procedimiento penal colombiano

El recién promulgado Código de procedimiento penal colombiano, que entra en el mismo juego de las confusiones conceptuales, distingue tres formas de intervención corporal: "inspección corporal" (artículo 247), "registro corporal" (artículo 248) y "obtención de muestras que involucren al imputado" (artículo 249).[19] Una cuarta manera de intervención es la prevista para las víctimas de delitos contra la libertad sexual y la integridad personal, denominada "Procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales" (artículo 250).

---

[17] José Francisco Etxeberria Guridi: *Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal*, Madrid: Trivium, 1999, p. 62.

[18] Procedimientos que son de uso en los centros carcelarios. En Colombia tiene trascendental importancia, en relación con el tema, la sentencia T-690 de 2004 de la Corte Constitucional, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[19] Estos mecanismos de investigación no son nuevos en el sistema penal colombiano, pues encuentran su antecedente más próximo en los artículos 244, 247 y 248 de la ley 600 de 2000, conforme a los cuales mediante la inspección judicial se comprueba, entre otras cosas, el estado de las *personas*, procedimiento que incluye la recolección y conservación mediante la cadena de custodia de elementos probatorios. Así mismo prevé el artículo 248 en cita, que el funcionario judicial, cuando sea necesario para la investigación, puede ordenar que se practiquen exámenes médicos y paraclínicos al procesado, en condiciones que garanticen el respeto por los derechos fundamentales.

La *inspección corporal* (artículo 247) es referida a la intervención llevada a cabo *en* el cuerpo del imputado con el propósito de hallar en él elementos materiales probatorios y evidencia física necesarios para la investigación. Pareciera que esta medida es similar a la clasificada por la jurisprudencia española y por la doctrina alemana, denominada con el mismo nombre, referida a los actos de registro sobre circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etcétera) o para el descubrimiento del objeto material del delito (inspecciones en las cavidades naturales del cuerpo).

Por su parte, el *registro personal* (artículo 248) alude al registro *sobre* el cuerpo de alguna persona de quien se pueda inferir de manera razonable que se encuentra en poder de elementos materiales y evidencia física. Su redacción indica que esta clase de registro es superficial y denota una inspección que no puede trascender la mera percepción dactilar o visual sobre la parte externa del cuerpo.

A su vez, la llamada *obtención de muestras que involucren al imputado* (artículo 249) parece emparentada con la inspección corporal, en tanto significa una intromisión más severa en el cuerpo del imputado, pero, a diferencia de aquella, cuyo objetivo general es el descubrimiento de evidencias, tiene como propósito la obtención de muestras de fluidos corporales y muestras grafotéctnicas, de voz, impresión dental y de pisadas.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-822 de 2005 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), por medio de la cual se revisó la demandada constitucionalidad de los mencionados artículos 247, 248 y 249 del Código de Procedimiento Penal, intenta precisar y distinguir los tres conceptos recogidos en dichas normas. Así, de las preposiciones *en* y *sobre*, incluidas respectivamente en los textos de los artículos 247 y 248, infiere que las figuras de la inspección corporal y el registro corporal encarnan objetos distintos de exploración y suponen grados distintos de intrusión, pues la primera comporta una exploración dentro del cuerpo del imputado, en tanto la segunda está limitada a una mera palpación o *cacheo* del individuo y su indumentaria, superficial en todo caso, que no puede implicar la intromisión en los orificios naturales del cuerpo ni tener alcances más allá de la piel.

Igual, se clarifica que la obtención de muestras que involucren al imputado (artículo 249) es una medida emparentada con la inspección corporal, dado su alto grado de intervención, pero que se diferencia de ella por cuanto implica la extracción de muestras que son propias del cuerpo humano y que conciernen al imputado. Ha dicho la Corte en la citada sentencia que, para los casos de evidencias físicas extrañas o ajenas al cuerpo del imputado, el procedimiento que debe seguirse es el propio de la inspección corporal; en cambio, la medida de obtención de muestras se emplea para la extracción de fluidos corporales, vello púbico, cabellos, pelos, voz, impresión dental y de pisadas.

La Corte Constitucional formula la siguiente clasificación (sentencia C-822/2005), emulada, sin duda, de la jurisprudencia española:

> […] (i) el registro corporal, entendido de manera general como la exploración de la superficie del cuerpo, o bajo la indumentaria de la persona para buscar cosas sujetas al cuerpo mediante adhesivos; (ii) la inspección corporal, que se emplea para examinar los orificios corporales naturales (boca, ano, vagina, etc.) y el interior del cuerpo de la persona afectada, cuando el objeto buscado ha sido deglutido u ocultado en el interior de tales orificios; y (iii) la obtención de muestras íntimas, tales como semen, sangre, saliva, cabellos, etc.

Pues bien, el tema, por su misma naturaleza, parece de difícil aprehensión conceptual. Las mismas dificultades que ha tenido en países como Alemania y España se trasladan a nuestro país con ocasión de la manera como se consagran aquellas medidas en el texto de la ley 906 de 2004. De modo que las mismas objeciones atrás reseñadas, provocadas frente a los planteamientos del Tribunal Constitucional español y la doctrina alemana, pueden formularse de cara a las normas que contienen los actos de registro e intervención corporales y la interpretación que de ellos ha hecho nuestra Corte Constitucional en la referida sentencia C-822 de 2005. La heterogeneidad de las medidas difícilmente permite que puedan reconducirse a elementos comunes, por lo que su clasificación se torna en una suerte de filigrana que sólo se entiende apelando a una casuística no siempre acertada.

Esta dificultad que entraña la clasificación de las medidas de intromisión corporal seguramente será generadora de problemas instrumentales en su ámbito de aplicación de cara a nuestro ordenamiento procesal penal, pues cada una de ellas comporta unas condiciones para su procedencia y un procedimiento distinto en su legal ejecución.[20] Sin embargo, para lo que es de nuestro interés hay que admitir que todas estas medidas tienen en común que de una u otra manera representan una intervención corporal y, en esta medida, constituyen una intromisión en los derechos fundamentales de los individuos.

De allí que, a la manera resuelta por los alemanes y los españoles, más vale comprender que todas aquellas medidas, nominadas *inspección corporal*, *registro personal* y *obtención de muestras que involucren al imputado*, salvadas sus peculiaridades, son llanamente *intervenciones corporales*.[21] En este sentido debe puntualizarse que las diferencias entre unas y otras estriban finalmente en el grado de intervención, pues de manera resuelta algunas de ellas tendrán cotas de afectación mayores que otras.

5. Los distintos grados de intervención corporal

La magnitud de la intromisión es el signo distintivo entre una y otra medida de intervención corporal. Son varios los matices en cuyos márgenes discurren los actos

---

[20] Alejandro Aponte Cardona: *Manual para el juez de control de garantías en el sistema penal acusatorio*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2004, pp. 111 ss.

[21] Huertas Martín: o. cit., p. 372.

de limitación de los derechos de los ciudadanos imputados. Esa gradualidad de la afectación de las medidas de intervención corporal se puede observar en dos sentidos. De una parte, la misma ley consagra tres maneras de intervención, de las que resultan de mayor severidad, teóricamente, las denominadas *inspecciones corporales* y la *obtención de muestras que involucren al imputado*. Son de menor afectación, en apariencia, los llamados *registros personales*. La misma ley admite la existencia de registros personales incidentales a la captura no constitutivos de intervención corporal (artículo 248) o como producto de actividades de prevención a cargo de la policía (artículo 208).[22] En suma, los matices en los grados de intervención van desde los elementales registros a la indumentaria de la persona hasta los actos quirúrgicos invasivos, dirigidos a la obtención de evidencias dentro del cuerpo del individuo.

De otra parte, en relación con cada una de aquellas medidas de intervención corporal, se puede advertir la presencia de una indefinida gama de intromisiones que conducen a resultados diversos de acuerdo con la intensidad de la afectación y los medios empleados en su ejecución. En las inspecciones corporales, será más o menos intensa la intervención según factores tales como el tipo de orificio corporal explorado, la profundidad del examen, la necesidad de emplear instrumental médico, etcétera. En los registros personales las variables dependerán de si se realizan sobre la indumentaria del individuo o sobre la superficie desnuda de su cuerpo, de si recaen sobre órganos sexuales y senos o sobre partes expuestas a los demás, como cara, manos, etcétera. En la obtención de muestras que involucren al imputado los grados de afectación se determinan de acuerdo con el tipo de muestra que se necesita obtener, del lugar del cuerpo que deba ser explorado para obtenerla, de la necesidad de emplear instrumental médico, de la técnica y del procedimiento empleados para su obtención.[23]

Dentro de tales grados de intromisión o afectación de los derechos fundamentales, resulta cuando menos problemático fijar *a priori* escalas de gravedad, a la manera como lo hace el Tribunal Constitucional español en el caso de la STC-207/1996, que

---

[22] Se alude con ello a los llamados *cacheos* o requisas, procedimientos de policía de carácter preventivo que aluden al registro superficial sobre el cuerpo, la indumentaria y los objetos que el ciudadano lleva consigo, que se diferencian de los registros personales por el grado de intensidad de las medidas. Etxeberria Guridi: o. cit., pp. 39 ss. Por su parte, la Corte Constitucional ha tratado de delimitar los llamados *cacheos* de los registros personales, sentencias T-690 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-702 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-269 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-789 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla. En la sentencia C-822 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se exige para que el registro incidental sea admisible que "(i) se trate de una captura legítima, ordenada por un juez; (ii) se realice inmediatamente después de la captura; (iii) recaiga sobre la superficie de la persona, su indumentaria y de los enseres que lleve consigo; y (iv) no entrañe observar a la persona desnuda ni el tocamiento de órganos sexuales y senos porque ello implicaría una afectación de los derechos de la persona captura que sólo podría tener lugar con autorización judicial previa".

[23] Cf. Corte Constitucional, sentencia 822 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

los clasifican en leves y graves.[24] Y es que no es posible hacer tales cábalas cuando en realidad son las circunstancias concretas las que posibilitan hacer juicios de ponderación para determinar la intensidad de la medida de investigación criminal implementada. La proporcionalidad de la intervención corporal frente a los derechos fundamentales en juego es la que en últimas determinará la procedencia o no de la intromisión. De ello nos ocuparemos más adelante; baste por ahora reseñar que la intensidad de la afectación de los derechos dependerá siempre de las condiciones concretas y de los derechos afectados, en consonancia con los propósitos perseguidos con el procedimiento.

6. El principio de dignidad humana y los derechos fundamentales afectados con las medidas de intervención corporal: los intereses individuales en conflicto

De la esencia de las intervenciones corporales es la afectación de los derechos fundamentales de los individuos que son sus destinatarios. La conversión, hemos dicho, de la condición de sujeto procesal del individuo imputado a medio de prueba de la investigación criminal conlleva una suerte de instrumentalización del individuo a partir del hecho cierto de que un amplio espectro de sus derechos fundamentales se ven limitados. Ello es así porque la realización de los procedimientos de intervención toca de manera directa el cuerpo del ciudadano, su individualidad y su integridad en términos generales.

Se puede razonar, sin embargo, que es una finalidad constitucionalmente legítima el interés general de descubrir la verdad sobre una supuesta conducta que reviste las características de delito y la identificación de las personas relacionadas con ella, de modo que, si existe infracción, ésta no quede impune.[25] De allí que se acepta en el contexto normativo internacional la legitimidad de algunas medidas procesales que representan una afectación a los derechos fundamentales del individuo, en tanto "Las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas" (numeral 16.º de las reglas de Mallorca).

Sin embargo, resultan ser de tal gravedad las intervenciones corporales que, por regla general, están prohibidas. Sólo, de manera excepcional se permiten bajo rígidos condicionamientos: "Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo y sólo cuando no exista otro medio

---

[24] En este sentido, críticamente, Gómez Amigo: o. cit., p. 97.

[25] Concepto rendido por la Procuraduría General de la Nación en relación con la demanda instaurada ante la Corte Constitucional, que en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40, numeral 6.º, y 242, numeral 1.º, de la Carta, pide se declare la inconstitucionalidad de los artículos 247, 248, 249 y 250 de la ley 906 de 2004.

para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado. La intervención corporal deberá ser siempre practicada por un profesional de la medicina de acuerdo con la *'lex artis'* y con el máximo respeto a la dignidad e intimidad de la persona" (numeral 37.º de las Reglas de Mallorca).

6.1. De la dignidad humana

El celo en el tratamiento de los procedimientos constitutivos de intervenciones corporales tiene que ver con el riesgo que representan para los derechos fundamentales, empezando porque dejan en entredicho el mismo principio de dignidad humana.[26] Su aplicación permitiría instrumentar al ser humano, tratarlo como un mero objeto, lo que constituye en esencia la violación de su dignidad. Así lo condensa el Tribunal Constitucional alemán: "El trato que afecta la dignidad humana, otorgado por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvalorización de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un 'trato abyecto'".[27]

En efecto, esta clase de intervenciones corporales contenidas en la actual legislación procesal penal colombiana comportan un hondo compromiso para el principio de la dignidad humana porque despojan a la persona (imputado y víctima) de la capacidad de decidir sobre su cuerpo y convierten al ser humano en un objeto dentro de la investigación, manipulable no sólo a voluntad del funcionario judicial, sino además de quienes intervienen en las diligencias. Estarían en juego dos dimensiones o conceptos normativos de la dignidad humana: entendida como autonomía individual y como intangibilidad de los bienes no patrimoniales (integridad física y moral).

El primer contenido material de la dignidad humana —esto es, como autonomía individual— está referido a la potencialidad del hombre de desarrollarse en cuanto fin en sí mismo, que en principio no puede ser utilizado para alcanzar fines generales, a menos que libre y voluntariamente lo admita (sentencia C-542 de 2003). Según lo ha precisado la Corte Constitucional, este ámbito de protección debe apreciarse como contenido concreto, atendiendo a las circunstancias en las que ordinariamente se desarrolla el ser humano, "De tal forma que integra la noción jurídica de dignidad (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. La libertad

---

[26] El propio legislador en el tratamiento que da a los procedimientos relativos a las intervenciones corporales, previene, de manera redundante, si se quiere, por la consideración que debe tenerse por la dignidad humana (artículos 247, 248 y 249 CPP).

[27] Sentencia 30,1/1970 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en: *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, trad. Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Fundación Konrad Adenauer: Bogotá, 2003, p. 17. En el mismo sentido, la Corte Constitucional colombiana, sentencia T-090 de 1996 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles […]" (sentencia T-881 de 2002).

En cuanto al segundo concepto normativo del principio de dignidad humana, referido a la preservación de la integridad física y moral, conviene recordar que este ámbito de protección está vinculado a la prohibición constitucional de infligir trato cruel, inhumano o degradante (artículo 12 del CP, artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principio 6 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal —numerales 21 y 41—). Con el fin de garantizar esta dimensión de la dignidad, debe existir una estricta sujeción a normas claras para su práctica en relación con las condiciones y reglas encaminadas a garantizar los derechos fundamentales en su práctica: la orden judicial, previa autorización del juez de control de garantías, la comprobada necesidad de acudir a la medida con base en medios cognoscitivos legalmente válidos, la presencia del defensor del imputado, la realización por personal calificado.

La dignidad humana, que más que un derecho es un principio fundante, bien se sabe, se irradia sobre el espectro de derechos fundamentales, justificándolos y llenándolos de contenido.[28] Veamos en esta perspectiva, entonces, los derechos fundamentales[29] que pueden verse afectados con motivo de la realización coactiva de las intervenciones corporales prevista en los artículos 247, 248 y 249 del Código de Procedimiento Penal.

6.2. El derecho a la libertad personal

La práctica de las diligencias de intervención corporal, en cualquiera de sus variedades, implica siempre una inmovilización física, más o menos prolongada, según las circunstancias y la medida restrictiva practicada, representada en momentánea inmovilización o en traslados hasta centros médicos a fin de practicar las intervenciones requeridas. Es por este motivo que se considera que la libertad personal ocupa, de manera cronológica, el primer lugar en el orden de los derechos subjetivos constitucionales vulnerados con cualquier diligencia de intervención corporal.[30] De allí que se

---

[28] Sentencia T-401 de 1992, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[29] Se trata por esencia de los llamados *derechos de defensa*. Así, Borowski: o. cit., pp. 109 ss. Sobre la categorización y jerarquización de los derechos fundamentales en Colombia, cf. Tulio Elí Chinchilla Herrera: *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá: Temis, 1999, pp. 89 ss. Son de importancia en la tarea de conceptualizar los derechos fundamentales las sentencias de la Corte Constitucional SU-225 de 1998, T-001-1992, T-240 de 1993 y T-406 de 1992.

[30] Vicente Gimeno Sendra: "El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida", en: *Constitución y proceso*, Madrid: Tecnos, 1988, p. 125.

estima que el menoscabo de la libertad personal posee un carácter instrumental respecto a los derechos principalmente afectados (la integridad física, la intimidad, etcétera) con esta clase de medidas.[31]

La potestad del Estado para inmovilizar a los individuos con los propósitos referidos a la práctica de intervenciones sobre sus cuerpos representa una intromisión en sus derechos fundamentales y, concretamente, una afectación de su libertad (artículo 24 del CP) traducida en lo que la Corte Constitucional ha dado en llamar *libertad de movimiento*,[32] esto es, la posibilidad que tiene el individuo de desplazarse sin ninguna interferencia. Ha reiterado la Corte Constitucional que la importancia de aquel derecho estriba en su condición de ser presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales.[33] En el caso de las intervenciones corporales, habría que decir que la relevancia de la libertad de movimiento está en que constituye el presupuesto para el ejercicio, entre otros, de los derechos de la intimidad y de la integridad personal.

Podría pensarse, condensando las anteriores reflexiones, que en principio la legitimidad de determinada diligencia de intervención corporal convierte a su vez en legítimo su instrumento, la afectación de la libertad de movimiento. Este razonamiento haría concluir que aquella intromisión en el derecho a la libertad personal de movimiento se integra a las consecuencias de las intervenciones corporales, que requieren como instrumento de realización su afectación primaria. La práctica de cualquier intervención corporal comprende una necesaria coacción de la libertad de movimiento del individuo.

Sin embargo, habrá casos en los que la prolongación de la afectación de la libertad de movimiento pondría en entredicho su integración con los demás derechos afectados con las intervenciones corporales. Es entonces cuando se plantea que, en eventos en que se experimenta un menoscabo mayor de la libertad por la intensidad de su restricción, es necesario llevar a cabo una valoración independiente del derecho a la libertad conculcado, que deberá ser objeto de ponderación en lo que atañe a la posibilidad de realización en orden a los fines perseguidos con tal medida, y cuya proporcionalidad habrá que sopesar con todo celo. El asunto se hace complicado, sin duda, por la dificultad que entraña fijar en términos temporales la tolerancia de la privación de la libertad de movimiento, al tratarse de un mero acto instrumental para la afectación de otros derechos fundamentales.[34]

---

[31] Etxeberria Guridi: *Las intervenciones corporales*, o. cit., p. 479.

[32] Cf. sentencias T-518 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-595 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[33] Ibídem.

[34] Etxeberria Guridi: o. cit., p. 496. Hay quienes abogan por la conveniencia de que se legisle con precisión el tiempo que la persona puede ser inmovilizada con el propósito de practicársele alguna medida de intervención corporal; así, Huertas Martín: o. cit., p. 381.

6.3. El derecho a la integridad física

La Corte Constitucional ha puesto de manifiesto que el derecho a la integridad personal no es más que uno de los objetos jurídicos concretos del derecho a la vida (artículo 11 del CP).[35] Al tiempo, es salvaguarda de la integridad de los ciudadanos la prohibición constitucional de infligir torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12 del CP), proscripción que, como se ha dicho, también se encuentra consagrada en distintos tratados e instrumentos de derecho internacional (como el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, el artículo 5.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el principio 6 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión, y particularmente en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal, numerales 21 y 41).[36]

Se traduce todo ello en el derecho de las personas a su incolumidad corporal.[37] La eventualidad de que tal derecho se vea comprometido para las personas sometidas a intervenciones corporales coactivas es latente, porque el ejercicio de este procedimiento supone, las más de las veces, desde un malestar o sufrimiento en términos de dolor, hasta un riesgo o daño para la salud, según la naturaleza y la intensidad de la intromisión corporal que le sea practicada. De hecho, la práctica de estos procedimientos puede conducir a graduales consecuencias para la integridad personal del individuo, que dependerán de una indeterminada gama de intervenciones a las que se encuentra expuesto en el marco de actividades propias de una investigación penal. Baste citar, entre otros procedimientos de intervención corporal que por su condición encierran riesgos y daños efectivos para la integridad personal, las extracciones de tejidos o muestras de fluidos como sangre o semen, las punciones para extracción de líquido cefalorraquídeo, el empleo de rayos X, aparatos de endoscopia y nuevas tecnologías, la obtención de vellos o cabellos, las intervenciones quirúrgicas conducidas a la extracciones de evidencias del cuerpo del individuo.[38]

Más aún, no puede perderse de vista que la práctica de medidas de intervención corporal está ensombrecida con alarmante frecuencia por condiciones constitutivas

---

[35] Cf., entre muchas otras, las sentencias T-304 de 1998 y T-732 de 1998, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.

[36] Sentencias T-690 de 2004 y T-622 de 2005, corte Constitucional, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

[37] Gonzalo Rodríguez Mourullo: "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en Manuel Cobo Del Rosal (dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid: Edersa, 1992, p. 82.

[38] Es clásica la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos (Winston v. Lee, 470 US 753 [1985]), mediante la cual se negó, por irrazonable, la práctica de una intervención quirúrgica a un acusado, con la que se pretendía extraer para su posterior cotejo un proyectil de arma de fuego alojado en su cuerpo. Consultada en ‹http://laws.findlaw.com/us/470/753.html› (14.04.2006).

de tratos degradantes, vejámenes, humillaciones y toda suerte de actos inhumanos.[39] Debe convenirse en que lo degradante no es el objetivo perseguido por la medida, sino los medios empleados en su práctica: "Aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante 'en razón del objetivo que persigue', ello no impide que se le pueda considerar como tal 'en razón de los medios utilizados'".[40]

6.4. El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad está encuadrado en el contexto teórico de la personalidad inviolable del individuo, por lo que su origen se encuentra en el respeto a la dignidad humana y a la personalidad individual. Son éstos los postulados en que se inspiraron los norteamericanos Samuel Warren y Louis Brandeis en su obra *The Right to Privacy* (1890), considerada revolucionaria y pionera en el tratamiento constitucional del tema de la intimidad dentro de las sociedades modernas.[41] En dicha obra se acuñó la frase hasta hoy paradigmática *the right to be let alone* (el derecho a estar solo) como la esencia de la *privacy*, término que históricamente ha evolucionado desde su acepción burguesa de propiedad privada hasta el moderno entendimiento jurídico de inviolabilidad de la personalidad.[42]

En este plano se inscribe el significado del derecho a la intimidad, entendido como una garantía para el ciudadano de que se mantengan la reserva y el secreto sobre su fuero íntimo, lo que de contera representa una prohibición para los poderes públicos de convertirlo en fuente de la información que del individuo pueda emanar. La Corte Constitucional define el derecho a la intimidad (artículo 15 del CP) como "el espacio exclusivo de cada uno, aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo […]. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley".[43]

---

[39] En nuestro medio, bastaría nombrar los hechos que dieron lugar a la sentencia T-622 de 2005: M. P. Álvaro Tafur Galvis, relacionada con el trato inhumano recibido por las visitantes a una cárcel nacional, quienes eran sometidas a inspecciones vaginales ofensivas de su humanidad.

[40] Sentencia del Tribunal Constitucional español STC-57 de 1994.

[41] Antonio Fayos Gardó: *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 26: "[…] realmente es a partir de entonces cuando se empieza a presta atención al tema, no sólo en la doctrina, sino en la legislación y en la jurisprudencia norteamericana, incardinando el derecho incluso en la Constitución".

[42] Mercedes Galán Suárez: *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, pp. 51 ss.

[43] Sentencia T-696 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz.

Sin embargo, en relación con el tema de las intervenciones corporales se argumenta que las restricciones no se producen propiamente sobre el derecho a la intimidad personal, así entendido en sentido amplio, sino sobre el derecho a la intimidad corporal, derivado y específico, como quiera que los procedimientos de intrusión se efectúan de manera concreta sobre el cuerpo y no sobre todo el espectro íntimo del ser humano. A esta conclusión llegan no solamente amplios sectores de la doctrina española,[44] sino que la propia jurisprudencia de ese país se ha decantado en este sentido.[45] De cualquier modo, para quienes así piensan es claro que la intimidad corporal "constituye el primero y más inmediato de los dominios de la intimidad personal".[46]

Ahora, la intimidad corporal, como una manifestación de la intimidad personal, ha sido delineada por el mismo Tribunal Constitucional español a partir de la consideración de que sólo es predicable de aquellas partes del cuerpo especialmente reservadas por el pudor y el recato, términos que obedecen en su determinación a "estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad".[47]

Esta apelación a conceptos de tan ambigua factura moral ha generado, no obstante, enconadas controversias, porque sobre ese presupuesto el Tribunal Constitucional ha entendido que la intimidad corporal no es extensiva a todo el cuerpo como entidad física global, sino que sólo se puede predicar de las partes del cuerpo que, en una suerte de expresión cultural, sean tenidas como objeto de pudor y recato.[48] Sin embargo, se objeta que la condición de lo que es pudoroso tiene una connotación tan subjetiva que impediría la existencia de espacios objetivos de intimidad y, con ello, despojaría de cualquier expectativa de intimidad a otras partes del cuerpo, la indumentaria y los efectos personales, que para una sociedad históricamente determinada no constituirían objeto de recato alguno.[49] Por obra de esta idea, el derecho a la intimidad se convierte en *derecho al recato*.[50]

El criterio excesivamente parcial que el Tribunal Constitucional otorgaba en aquellas decisiones al derecho a la intimidad impediría la efectiva protección frente a intromisiones arbitrarias que desborden los tales conceptos de pudor y recato,[51] aunque se

---

[44] Gómez Amigo: o. cit., p. 93.

[45] Cf. sentencias STC 37/1989, 120/1990 y 137/1990, entre otras.

[46] Luciano Parejo Alfonso: "El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones", en *Cuadernos de Derecho Judicial* ("Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar"), Madrid: Escuela Judicial/CGPJ, 1996, p. 30.

[47] Sentencia STC-37/1989.

[48] Así se concluye en la misma STC-37/1989.

[49] Ángel Gil Hernández: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid: Colex, 1995, p. 48.

[50] V. gr., un registro anal constituye agravio a la intimidad personal, pero no lo es la extracción de un fluido o de un vello púbico.

[51] González-Cuéllar Serrano: o. cit., p. 287.

sugiere que tan radical posición se vería matizada si se entendiera que, cuando la intervención corporal no afecta el derecho a la intimidad corporal, estaría vulnerando otro derecho fundamental, concretamente la integridad personal.[52] Ello, a nuestro modo de ver, no es convincente porque situaciones concretas bien pueden no enmarcarse en la afectación del derecho a la integridad personal y sí constituir afrenta contra la intimidad personal, así el reducido concepto de pudor no permita su extensión a condiciones de intimidad corporal no reconocidas dentro del campo del recato social.

Empero, como para saldar discusiones y dejar en claro los alcances que ofrece la protección del derecho a la intimidad, el mismo Tribunal Constitucional español en sucesivas decisiones ha venido admitiendo que, más allá de la intimidad corporal, la intimidad personal, amplia y general, se puede ver afectada por una intervención corporal que toque la privacidad del individuo.[53] Muy recientemente el Tribunal ha fijado su nueva posición en la STC 25/2005(M. P. Roberto García-Calvo y Montiel), que por su importancia vale transcribir:[54]

> No obstante, que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, 20/1992, de 14 de febrero, 219/1992, de 3 de diciembre, 142/1993, de 22 de abril, 117/1994, de 25 de abril, y 143/1994, de 9 de mayo), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993, de 22 de abril, y 143/1994, de 9 de mayo). En el caso concreto de las intervenciones corporales, la violación de este derecho puede producirse, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiera desvelar, lo que puede suponer una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

6.5. El derecho a no incriminarse o a guardar silencio

A través de las medidas de intervención corporal se pueden obtener medios probatorios que conduzcan a demostrar la responsabilidad del individuo, lo que afecta-

---

[52] Etxeberria Guridi: o. cit., p. 509.

[53] Sentencia STC 207/1996.

[54] La importancia para nuestro medio estriba en que la Corte Constitucional hasta ahora no ha abordado el tema con todas sus implicaciones, pues en las sentencias T-690 de 2004, T-622 de 2005 y C-822 de 2005 se viene empleado el término *intimidad corporal*, sin que se tenga en cuenta su reducido alcance y sus consecuencias.

ría el derecho fundamental a no declarar en contra de sí mismo (artículo 33 C.P.). Ciertamente, es de la misma esencia de esta clase de medidas de investigación criminal la aprehensión de elementos materiales de incriminación, tales como la posibilidad de obtener un reconocimiento positivo del presunto autor de un hecho, de descubrir sustancias prohibidas en el cuerpo del sujeto pasivo del procedimiento, de establecer un estado de embriaguez, de reconocer la interrupción de un embarazo, etcétera. Por eso se plantea si el derecho a guardar silencio se ve afectado con la práctica de tales procedimientos, puesto que la intervención implica para el afectado su propia participación en diligencias que posteriormente serán utilizadas en su contra como elementos materiales de prueba o evidencias físicas.[55] La garantía de guardar silencio frente a las imputaciones que en su contra se puedan formular deviene en la elocuente participación del imputado en función de su propia persecución penal a cuenta del Estado.[56]

La cuestión resulta ser de una importancia mayúscula si se repara en el hecho de que la solución que se adopte frente a este derecho fundamental tiene una incidencia extraordinaria en la construcción del sistema relativo a las intervenciones corporales, pues la permisión de estas medidas determina la relevancia probatoria de los resultados obtenidos en los actos de intromisión en la esfera corporal de los individuos.[57]

El asunto que hay que definir pasa por establecer si las medidas de intervención corporal constituyen efectivamente una declaración del incriminado. Si así fuera, no tendría la obligación de someterse a dichas intromisiones, pues el amparo constitucional lo exime de declarar contra sí mismo. Por eso, en España se ha querido adscribir aquellos procedimientos a una especie pericial en la que la actividad del individuo objeto de la intervención se limita a permitir su realización: “las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminación, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente […] su propia imputación penal o administrativa” (STC 161/1997). Se concluye en esta sentencia que no existe el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por contra, la obligación de soportarlas.

Esta posición jurisprudencial se asienta sobre la idea de que no es equiparable el resultado de una intervención corporal al derecho de no declarar contra sí mismo. El

---

[55] Huertas Martín: o. cit., p. 384.

[56] Eduardo M. Jauchen: *Derechos del imputado*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 206.

[57] Etxeberria Guridi: o. cit., p. 528.

acto declarativo del imputado se entiende como acción positiva verbal, que tiene su contraparte en la potestad de guardar silencio y no declarar. De modo que el individuo tiene el derecho a permanecer en silencio, a no expresar verbalmente aquello que pueda comprometer su responsabilidad, de tal manera que se vulnera o desconoce esta garantía si por cualquier medio se ejerce coacción para que el imputado declare en su contra o se confiese culpable, mas no cuando, sin emitir declaración alguna, se toman de su cuerpo o su indumentaria evidencias físicas que allí reposan. En este caso el imputado sólo está obligado a consentir que se practique sobre él una inspección, registro o toma de muestras con el fin de obtener evidencias físicas que interesen al proceso, actitud que no puede equipararse a la de dar una declaración que lo perjudique o que implique la aceptación de su culpabilidad.

Sin embargo, la doctrina no comparte las razones del Tribunal Constitucional y, contrariamente, recalca el carácter confesional que puede revestir una intervención corporal, cuya elocuencia puede rebasar la de cualquier testimonio, pues la certeza que ofrece un resultado tiene un sentido incontrastable, ausente en el testimonio. Creemos que es más alto el nivel de autoincriminación resultante de la extracción de una evidencia del cuerpo del imputado que la que se puede obtener de un mero testimonio, el cual, aun en los casos de confesión, requiere el respaldo de elementos materiales de prueba para la consolidación de la responsabilidad. Por eso, se dice, merecería mayor tutela la información recabada del propio cuerpo que la garantía que tiene el inculpado de guardar silencio.[58]

Al filo de estas reflexiones se tendría que concluir que constituiría una vulneración al derecho de guardar silencio del imputado la imposición coactiva para que permitiera la ejecución de actos de registro, inspección y obtención de muestras de su cuerpo. Acaso, si se le reconociera eficacia legítima a las intervenciones corporales, tendrían que estar supeditadas de manera exclusiva a la voluntad colaboradora del individuo.

No obstante, las previsiones normativas en materia de intervenciones corporales en el estatuto procesal colombiano se inclinan por el carácter compulsivo de su práctica, y sólo se requiere la autorización del juez de control de garantías previa a su realización. La Corte Constitucional avala esta disposición precisando que, aunque la obtención del consentimiento del imputado debe ser siempre la primera opción para la realización de las intervenciones corporales que lo involucren, "cuando el imputado se niega a la práctica de esta medida, no por ello debe prevalecer su autonomía".[59] Considera la Corte que el interés de persecución penal y de protección de los derechos de las víctimas prevalece sobre la voluntad del imputado. Cosa muy discutible, por cierto.

---

[58] Ibídem, p. 532.

[59] Sentencia C-822 de 2005.

7. Los intereses del Estado en la persecución penal

Frente a los intereses individuales, aglutinados en la constelación de derechos fundamentales que se pueden ver afectados con ocasión de la práctica de medidas de intervención corporal, se encuentra el interés del Estado por llevarlas a cabo. Subyace ese interés en la finalidad instrumental del proceso penal, cuya función consiste por esencia en soportar las formas dentro de las cuales el Estado ejerce el *ius puniendi*. En este contexto se ubican los procedimientos de intervenciones corporales, cuyo propósito primordial no es otro que el de permitir la recolección de evidencias y elementos materiales de prueba que se encuentran en poder de los individuos imputados, o que lo puedan ser, de un proceso penal.

Se reconoce sin embargo que, más allá del carácter instrumental, el derecho procesal penal tiene una función constitucional innegable, como quiera que a través del proceso y sus procedimientos se materializan acciones que resultan lesivas de los derechos subjetivos; pero, al tiempo, el proceso penal ofrece un arsenal de garantías para el individuo procesado, con las que se persigue la preservación institucional de la libertad como principio fundacional de la normatividad procesal.[60]

De modo que el interés del Estado dentro del proceso penal no sólo es el de perseguir los delitos y a sus responsables, sino el de salvaguardar sus derechos fundamentales cuando se vean amenazados.[61] Igualmente, existe interés del Estado en el correcto desarrollo del proceso penal y en el adecuado funcionamiento de las instituciones procesales.[62]

En suma, frente a los derechos fundamentales restringidos, la relevancia del interés del Estado en la persecución penal se legitima en el entendido democrático de asegurar la protección de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, acudiendo en la medida de lo estrictamente necesario a la imposición de medidas cautelares, preventivas y de investigación.[63]

8. Criterios empleados en el control judicial

De lo que hasta ahora se ha expuesto queda en evidencia la indeterminación que acompaña la definición de las llamadas intervenciones corporales. Pero, si es compleja su determinación conceptual, mayor lo será su aplicación judicial. De hecho, la

---

[60] Aponte Cardona: o. cit., p. 43.

[61] Cf. sentencias de la Corte Constitucional: C-038 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C- 313 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz; muy especialmente la C-248 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil: "La Carta fundamental se convierte en el fundamento del *ius punendi*, por cuanto le impone al derecho penal la obligación de acatar y hacer efectivos los valores, principios y derechos previstos en la Constitución".

[62] González-Cuéllar Serrano: o. cit., p. 251.

[63] Ibídem, pp. 251 s.

cantidad de procedimientos que constituyen por su naturaleza intervenciones corporales y la circunstancia de que cada una de ellas ofrece una ilimitada gama de matices y grados de intensidad hacen indispensable la adopción de un sistema adecuado de ponderación judicial que permita su aplicación, sin que ello implique un indebido sacrificio de los derechos fundamentales que entran en juego.

Una característica fundamental de la interpretación judicial es su pretensión de corrección. Mientras en la interpretación jurídica no judicial, especialmente en la llamada interpretación doctrinal, las consecuencias no van más allá de la discusión jurídica académica en torno a un determinado aspecto del derecho, en la interpretación judicial o interpretación operativa las consecuencias de la interpretación trascienden el debate científico y la especulación, para afectar la existencia de las personas sometidas a la decisión judicial, desencadenando en ocasiones procesos políticos y sociales de gran trascendencia para la comunidad. Ello es lo que permite caracterizar a la interpretación judicial por su autoridad, persuasión y fuerza contenida en las sentencias.[64] La interpretación judicial tiene la condición de afectar de manera contundente la protección de los derechos de los individuos.[65] Se persigue a través de ella la obtención de una decisión correcta, fundada en derecho y que no constituya contradicción alguna para los criterios de justicia y moralidad que rigen en la sociedad dentro del marco normativo establecido.

De otra parte, es deber del funcionario judicial justificar sus decisiones. Y la corrección de una decisión está determinada por su correcta justificación.[66] Una debida justificación, además, está signada por una correcta argumentación y ésta se logra a partir del respeto a las reglas de la lógica y de la correcta valoración de los argumentos valorativos. De allí que la corrección de la decisión se mide, en últimas, por la corrección de los argumentos interpretativos: "Entre mayor sea la corrección con la cual la Corte Constitucional valora los argumentos interpretativos de la ley y de las disposiciones constitucionales, mayor será la corrección con la cual la decisión se verá fundamentada".[67]

La carga argumentativa en la interpretación de la ley y la Constitución gravita, obviamente, no sólo en la Corte Constitucional, sino, en igual medida, en todo juez ordinario, en virtud de la llamada "constitucionalización del derecho",[68] que ha llevado

---

[64] Rodrigo Uprimny Yepes y Andrés Abel Rodríguez Villabona: *Interpretación judicial*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2003, pp. 49 s.

[65] Ibídem, p. 49.

[66] La adecuada motivación de las decisiones judiciales acredita su racionalidad. Cf. Marina Gascón Abellán: *Los hechos en el derecho. Bases argumentativas de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 191.

[67] Carlos Bernal Pulido: *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 61.

[68] Es consecuencia del carácter normativo de la Constitución que crea una tensión entre su validez formal y el alcance de su contenido material. Tal tensión se resuelve por vía de la distinción entre

a la aplicación e interpretación directa de textos constitucionales a casos ordinarios, esto es, a una interpretación conforme a la Constitución.[69] Todo ello apunta a discernir en torno a la exigencia racional de un método de interpretación constitucional que permita llevar a cabo un debido control judicial en relación con situaciones procesales concretas donde se ven involucrados derechos fundamentales de los individuos.

En el marco de la racionalidad[70] se incardinan una serie de métodos de interpretación constitucional empleados para el control judicial de las actividades judiciales relacionadas con la resolución de asuntos donde se involucran derechos fundamentales de los individuos. Algunos de ellos, empleados con cierta frecuencia por nuestra Corte Constitucional, son: principio de interpretación conforme a la Constitución (sentencia T-531 de 1992), principio de armonización concreta (sentencia T-425 de 1995), principio de inmunidad de los derechos constitucionales (sentencia C-1064 de 2001), principio de la tutela por vías de hecho (sentencia T-231 de 1994)[71] y, obviamente, el principio de proporcionalidad (sentencias C-022 de 1996; C-808 de 2001) . En lo que sigue nos ocuparemos de este último.

9. El principio de proporcionalidad

9.1. Origen, ámbito de aplicación y fundamentación

El principio de proporcionalidad se introduce en el proceso penal como principio de interpretación constitucional en una doble vía: como prohibición de exceso y como prohibición de defecto. La primera tiene que ver con las limitaciones impuestas a los poderes públicos en la esfera de las libertades (derechos de defensa) fundamentales de los individuos.[72] La segunda alude al cumplimiento de los deberes positivos del

ámbitos de actuación jurídica y mediante principios de interpretación constitucional. Rodolfo Arango: *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 228.

[69] Jaime Bernal Cuellar y Eduardo Montealegre Lynett: *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 226 ss.

[70] La racionalidad, en la teoría jurídica, es el sucedáneo de la objetividad. Como es imposible para el derecho aspirar a una objetividad absoluta e incontestable, habrá de acudirse en las decisiones judiciales a modelos interpretativos que, conforme a su rigor y corrección, permitan al menos, si no alcanzar la pretendida corrección, sí obtener altos grados de racionalidad. Su función es orientadora y valorativa, sin que con ello se pretenda eliminar los márgenes de discrecionalidad judicial. Son criterios de racionalidad la claridad y la consistencia conceptuales, la consistencia normativa, la saturación, el respeto a la lógica deductiva, el respeto a las cargas de la argumentación y la consistencia argumentativa y la coherencia. Bernal Pulido: o. cit., pp. 62 ss.

[71] Sobre estos métodos de interpretación, cf. Diego Eduardo López Medina: *Interpretación constitucional*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2002, pp. 47 ss. Arango: o. cit., pp. 233 ss. En el mismo sentido, sentencia C-951 de 2002.

[72] Funge el principio de proporcionalidad como regulador de la discrecionalidad judicial, en tanto, en virtud de las llamadas *disposiciones de poder*, el poder público está habilitado para la elección entre dos o más soluciones alternativas frente a una situación concreta determinada. El principio de proporcionalidad ofrece racionalidad a las decisiones judiciales que frente al objeto de decisión presen-

Estado y al compromiso de actuación de las autoridades. Su origen se sitúa en la jurisprudencia alemana (1875), donde en principio se circunscribía al derecho administrativo de policía; luego fue empleado en el proceso penal, para, por último, irradiarse a todo el ordenamiento jurídico y adquirir rango constitucional (1964).[73]

En Colombia, como sucede en España, el principio de proporcionalidad no tiene consagración expresa en la Constitución Política.[74] Sin embargo, se sostiene que el mandato de su aplicación se encuentra implícito en el texto de algún enunciado constitucional, lo que legitima su empleo por los tribunales como criterio de enjuiciamiento constitucional.[75] De allí que se sostenga la idea de la fundamentación complementaria o indirecta del principio de proporcionalidad.[76] A esta conclusión también han llegado el Tribunal Constitucional español (STC 55/1996) y la Corte Constitucional colombiana (sentencia C-591 de 2002). Nuestra Corte Constitucional, deriva el fundamento normativo del principio de proporcionalidad de los principios fundamentales del Estado de derecho (artículo 1 del CP), la fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 del CP) y el carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 del CP);[77] igualmente se ha derivado del principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, del reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de la persona, del establecimiento de la responsabilidad de las autoridades por extralimitación de las funciones públicas y del artículo 214 del CP, que establece el requisito de proporcionalidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción.[78]

9.2. El principio de proporcionalidad como límite de los límites de los derechos fundamentales

Se ha caracterizado el principio de proporcionalidad por su carácter expansivo, puesto que, como se ha precisado, su origen administrativo se extendió hasta el punto de ser considerado un imperativo consustancial del Estado de derecho. Históricamente, después de la segunda guerra mundial se experimentó una suerte de necesidad de reforzamiento de los derechos fundamentales y se impuso la materialización de su

---

tan ámbitos de indeterminación, restándose espacio a la discrecionalidad judicial. González-Cuéllar Serrano: o. cit., pp. 40 ss.

[73] Etxeberria Guridi: o. cit., p. 22.

[74] Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional español, STC-6 /1988. Sentencia de la Corte Constitucional C-951 de 2002.

[75] González-Cuéllar Serrano: o. cit., pp. 52 ss. En el mismo sentido, Javier Llobet Rodríguez: *La prisión preventiva (límites constitucionales),* San José de Costa Rica, UCI, 1997, p. 263.

[76] Carlos Bernal Pulido: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 596.

[77] Sentencia C-591 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[78] Sentencia C-226 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

valor programático, acudiendo al principio de proporcionalidad como mecanismo para su protección frente a las actuaciones de los poderes públicos. En este contexto el Tribunal Constitucional alemán asumió que el principio de proporcionalidad actúa "como límite de todas las limitaciones de los derechos fundamentales",[79] en tanto es el criterio que condiciona la validez de los límites impuestos por el Estado a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La regla general en un Estado constitucional es la plena vigencia de los derechos fundamentales. Los individuos gozan de derechos fundamentales *prima facie*, que sólo vienen a ser restringidos por reglas jurídicas que evitan la situación de caos que podría propiciarse por las libertades absolutas. Mas tales limitaciones a los derechos individuales impuestas por la sociedad civil están sometidas, a su vez, a ciertas restricciones, entre las que destaca el principio de proporcionalidad.

9.3. La aplicación del principio de proporcionalidad: su contenido y su asociación con las medidas de intervención corporal

La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad de los individuos, así como sus demás derechos fundamentales, deben ser interpretados de manera amplia, como principios, esto es, mandatos de optimización que ordenan que su objeto se realice, en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas reales existentes que jueguen en sentido contrario. Importa resaltar para este trabajo la idea de que, en virtud de la tesis de la optimización, los principios se encuentran sometidos en su cumplimiento a una escala de grados, donde las posibilidades jurídicas y fácticas vienen a determinar la medida de su realización.[80]

Es la *teoría de los principios*, que, a decir de Alexy, implica el principio de proporcionalidad, así como éste implica aquélla.[81] Su verdadera dimensión material se alcanza a advertir ante la presencia de colisiones de principios, en cuyo caso se acude al empleo de una ley de colisiones. Según ésta, "las condiciones bajo las cuales un principio tiene prioridad frente a otros constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio que tiene prioridad".[82] Esa prioridad que tiene un principio sobre otro en un caso concreto se denomina *relación de precedencia condicionada*.[83] Un principio precede a otro cuando, en las circunstancias determinadas para cada caso, tiene prelación de cumplimiento.

---

[79] Etxeberria Guridi: o. cit., p. 220.

[80] Alexy: o. cit., p. 86.

[81] Robert Alexy: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 101.

[82] Ibídem, pp. 99 s.

[83] Entre los principios no existen relaciones absolutas de precedencia; ningún principio precede a otro de manera definitiva. Alexy: *Teoría…*, o. cit., p. 92.

De cualquier modo, queda en evidencia que los principios no son absolutos. Su validez se relativiza o se gradúa cuando entran en contradicción con otros principios, y su alcance está determinado por el alcance de sus antagonistas. Sólo la regla generada de un proceso de colisión entre principios puede tener un carácter definitivo, salvo que se le introduzca una cláusula de excepción.

Los derechos fundamentales tienen dos contenidos: uno *prima facie* y uno definitivo. El contenido *prima facie* alude a la interpretación del derecho en forma amplia a partir de la consideración de estar revestido de todas las facultades; dicho contenido finalmente se verá restringido por el legislador o por el controlador judicial a través de una regla jurídica emitida con fundamento en la aplicación del principio de proporcionalidad (contenido definitivo).[84] El carácter *prima facie* es propio de la validez de los principios, cuya aplicación está supeditada a que no se conceda prioridad a otro principio, mientras que las reglas tienden a disfrutar de una validez definitiva, a menos que sean despojadas de ella en un proceso de ponderación ante un caso concreto que amerite exceptuarla por entrar en colisión con una regla contraria.[85] Se concluye, entonces, que "Los principios son siempre *razones prima facie;* las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, *razones definitivas*".[86]

En suma, la ecuación de Alexy en torno a los principios como mandatos de optimización y su desarrollo en la máxima de proporcionalidad se sintetiza en los factores de gradualidad, optimización, deber ser ideal y carácter *prima facie*.[87]

En este esquema, la jurisprudencia constitucional realiza el examen sobre las intervenciones legislativas cuando entran en colisión con otros derechos. Pero igual se ha comprendido la extensión del principio de proporcionalidad a los actos de control judicial de las actuaciones de los poderes públicos.[88] Y en este sentido, además de las condiciones adicionales que debe revestir el juicio de proporcionalidad, resulta evidente que el funcionario judicial debe realizar un ejercicio de ponderación, en virtud del cual medirá los pesos específicos de cada uno de los principios *prima facie* y extraerá una regla definitiva para el concreto caso sometido a su consideración.

Entronca en este punto el tratamiento dispensable a las medidas de intervención corporal, en tanto su condición de restringir derechos fundamentales reconocidos impone para el funcionario encargado de realizar el control judicial constitucional la obligación de efectuar juicios de proporcionalidad, a fin de determinar la legitimidad de tales procedimientos de investigación criminal, a partir de la comprensión de la existencia de dos principios en colisión: el relativo al *ius puniendi*, como subprincipio del

---

[84] Ibídem, pp. 267 ss.

[85] Bernal Pulido: *El principio…*, o. cit., p. 644.

[86] Alexy: *Teoría…*, o. cit., p. 101.

[87] Alfonso García Figueroa: *Principios y positivismo jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 186 ss.

[88] Sentencia C-647 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

Estado de derecho, y el principio derivado de los derechos fundamentales comprometidos en razón de la intervención corporal requerida. Siempre, tratándose de la aplicación de una medida de esta naturaleza, se producirá una colisión entre principios, cuya resolución estará sujeta al principio de proporcionalidad, por lo que ciertamente:

> […] las diligencias de investigación corporal constituyen un campo idóneo para que las restricciones de los derechos fundamentales se lleven a cabo —desde la primera privación de libertad, hasta la intimidad corporal, la integridad física, la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho de no declarar contra sí mismo, etc.—, [por lo que] podemos adelantar que la regulación y la práctica de las intervenciones corporales ha de estructurarse en todo momento en torno al principio de proporcionalidad.[89]

10. Requisitos y subprincipios del principio de proporcionalidad

Según el principio de proporcionalidad, para que la restricción de un derecho fundamental sea legítima se requiere que sea *idónea* para la consecución de cierto fin legítimo; que sea *necesaria*, es decir, que constituya la medida menos gravosa entre todos los medios alternativos que gocen de la misma idoneidad para conseguir la finalidad propuesta; y que sea *proporcional* en sentido estricto, esto es, que logre el equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que produce.[90, 91] Es ésta la máxima o principio de proporcionalidad y sus derivados subprincipios.

Antes de entrar en la formulación de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad, debe advertirse la existencia de unos requisitos o presupuestos que, según algunos autores y nuestra misma Corte Constitucional,[92] son condiciones para la validez de las medidas de intervención corporal. Nos referimos a los que se denominan requisitos formales, que en esencia son: 1) la exigencia de la reserva legal, que se traduce en que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista en la ley, esto es, que sólo se pueden ordenar procedimientos de intervención corporal que estén expresamente consagrados en la legislación;[93] 2) la exigencia de la

---

[89] Etxeberria Guridi: o. cit., p. 220.

[90] Bernal Pulido: *El derecho…*, o. cit., pp. 81 s.

[91] El Tribunal Constitucional alemán acuñó el concepto del principio de proporcionalidad así: "[…] el medio previsto por el legislador tiene que ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Un medio es adecuado cuando mediante él puede lograrse el resultado deseado; es exigible cuando el legislador no habría podido optar por un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciere en menor grado, el derecho fundamental" (sentencia *BVerfGE* 30, 292).

[92] González-Cuéllar Serrano: o. cit., pp. 69 ss. Sentencia C-822 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[93] El tema de la reserva legal tiene mucho de hondo cuando se trata de intervenciones corporales. No es este el espacio para profundizar en ello, pero valga acotar que, en relación con la limitación de los derechos fundamentales, existe una exigencia respecto a su carácter excepcional que se traduce en la determinación legislativa estricta en cuanto al "contenido, fin y alcance de la limitación", cosa difícil de

reserva judicial, consistente en que toda medida de intervención corporal tiene que ser fruto de una decisión judicial mediante la cual se ordene su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente; 3) la decisión judicial debe estar suficientemente motivada, como garantía de evitación de la arbitrariedad y de la efectiva aplicación del derecho.[94]

La estructura intrínseca del principio de proporcionalidad responde a los que se denominan subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, definidos de la siguiente manera:

10.1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación

Se considera que una medida estatal es idónea siempre y cuando su adopción contribuya a que se obtenga un fin legítimo perseguido por el Estado. Son fines legítimos los que están permitidos u ordenados constitucionalmente. Dicho de otro modo, es ilegítimo el fin prohibido definitivamente por la Constitución.[95] La idoneidad que se puede predicar de una medida concreta adoptada obedece al propósito de que ella sea adecuada para la protección de otro derecho o de otro bien jurídico de relevancia.[96] De manera que toda medida limitativa de derechos fundamentales tendrá que ser declarada inconstitucional si su aptitud práctica no está acreditada dentro de un esquema medio-fin para obtener un propósito de salvaguarda de otro derecho fundamental. Tanto el medio como el fin deben estar suficientemente delimitados para la aplicación de la medida, y resulta prohibida su ejecución de manera generalizada e indiscriminada. Debe subrayarse que el análisis en este subprincipio tiene carácter empírico, esto es, que se prescinde de cualquier elemento valorativo.[97]

En el caso de las intervenciones corporales, dígase que la idoneidad o adecuación de una medida de inspección corporal, registro corporal u obtención de muestras deberá estar conducida por el propósito de descubrir elementos materiales de prueba verdaderamente relevantes para la investigación. Se requiere una relación de causalidad empírica entre la medida y el fin propuesto. Con ello se daría por satisfecho el subprincipio. Ejemplo, la extracción de un cabello puede resultar un método idóneo, para inferir después de su cotejo la posible presencia del imputado en la escena de un crimen.

---

lograr cuando hay tal dispersión de medidas de intervención corporal. Pero además, pareciera una obviedad, que nuestra Corte no atina a advertir, que la restricción de los derechos fundamentales comprometidos tiene que obedecer a una ley cualificada, estatutaria. Cf. Joaquín Brage Camazano: *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 205 ss.

[94] Cf. Gascón Abellán: o. cit., p. 191.

[95] María José Cabezudo Bajo: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Madrid: Iustel, 2004, p. 40.

[96] Bernal Pulido: *El principio…*, o. cit., pp. 689 ss.

[97] González-Cuéllar Serrano: o. cit., p. 155.

10.2. Subprincipio de necesidad

Conocido también como *principio del medio más liviano, de la intervención mínima* o *más pequeña posible* y como *prohibición de exceso*, se refiere a que el medio elegido para obtener el fin propuesto no puede ser suplido por otro más eficaz y que comporte una menor restricción a los derechos fundamentales afectados. No obedecería a esta variante material de la proporcionalidad el hecho de que el mecanismo empleado para la consecución del fin resultara más gravoso que otro medio que ofrezca similares resultados. Lo relevante es la comparación de dos medidas para determinar cuál de ellas resulta menos aflictiva para el afectado.

Se hace consistir, entonces, "en la elección, de entre varios medios *igualmente adecuados*, aquel que sea más 'liviano' y que represente al mismo tiempo la intervención 'más pequeña posible' para no incurrir en exceso".[98] Sin embargo, se objeta que, cuanto menos restrictiva sea una medida, menos eficaz será en función de alcanzar el fin propuesto, por lo que con buena lógica la doctrina se decanta por aceptar que la medida alternativa, si bien no puede ser idéntica o igualmente adecuada en su eficacia a la medida propuesta, sí puede tener una idoneidad cercana a ella, con lo que se optimizaría el derecho conculcado al no resultar afectado con igual severidad.[99]

Tratándose de medidas de intervención corporal hay que recordar su amplia variedad y su heterogeneidad, lo que hace reconocer, dentro de una misma medida de injerencia, matices y grados de afectación de los derechos fundamentales comprometidos. Con ello queremos significar que, en aplicación del subprincipio de necesidad, siempre habrá alternativas que con similar eficiencia podrían resultar más benignas con el derecho fundamental afectado. Sería, por ejemplo, de menor restricción para la integridad personal la realización de una radiografía que una intervención quirúrgica pretendida con el fin de hallar evidencia en el interior del cuerpo del afectado con la medida. Igualmente, resultaría menos lesiva para el derecho a la intimidad la toma de una muestra de saliva que la extracción de una muestra de sangre para la realización de un examen determinado. La idea, en palabras de Alexy, es que el principio de necesidad, como el de idoneidad, exprese la pretensión, en términos de optimización, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades, en este caso, fácticas.[100]

En suma, la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad se configura en la elección de un medio o medida alternativo y en la posterior evolución de la medida examinada y su alternativa, teniendo en cuenta criterios tales como la efica-

---

[98] Brage Camazano: o. cit., p. 221.

[99] Etxeberria Guridi: o. cit., p. 220. González-Cuéllar Serrano: o. cit., p. 197.

[100] Réplica a sus detractores frente a los mandatos de optimización, en Robert Alexy: *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2005, pp. 39 ss.

cia, el tiempo de realización, la realización del fin propuesto y la probabilidad de obtención del fin.[101]

10.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Se condensa en la idea de que, para que sea legítima una intervención en la libertad o en los demás derechos fundamentales del individuo, "el grado de realización del objeto de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental".[102]

Si en los subprincipios de idoneidad y necesidad prevalecía el análisis empírico de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto prevalece el análisis jurídico, por lo que Alexy afirma que, en cuanto a los mandatos de optimización frente a este subprincipio, se exige para los principios la mayor realización posible en relación con las posibilidades *jurídicas*.[103]

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto expresa la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario.[104] Frente a un caso concreto, se produce el encuentro antagónico de dos principios, donde la realización de uno está supeditada a la medida de la realización del otro. Se trata de la misma ley de ponderación, la cual establece que "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro".[105] En esta regla argumentativa se condensa el pensamiento de Alexy, quien adhiere a la idea de que el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* se identifica con el método de la ponderación.[106]

Desde esta perspectiva, el control judicial realizado a través del principio de proporcionalidad encara en su último estrato la ponderación como método jurídico a

---

[101] Bernal Pulido: *El principio…*, o. cit., p. 741.

[102] Bernal Pulido: *El derecho…*, o. cit., p. 136. Cf. además la sentencia C-459 de 1995. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[103] Alexy: *Epílogo…*, o. cit., p. 48.

[104] Ibídem.

[105] Alexy: *Teoría…*, o. cit., p. 161.

[106] Críticamente, razonando que se obtienen mayores réditos con el tradicional método interpretativo/ subjuntivo, Juan Antonio García Amado: "El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia", en *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Legis, 2006, pp. 119 ss. Igual, de modo crítico, Jaime Araújo Rentaría: "Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, tomo II, Montenvideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 870 ss., quien razona que dicho método atenta contra la seguridad jurídica.

través del cual se fundamentan las decisiones en derecho acudiendo al procedimiento de sopesar razones que juegan a favor y en contra de un resultado propuesto: "debe entenderse como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado".[107]

La ponderación supone un conflicto o un campo de tensión entre derechos, pretensiones o intereses, todo lo cual es conducido por la ley de colisión de Alexy, a lo que llama *colisión de principios*,[108] que se comporta en esta medida como "un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en *definitiva* ese caso".[109]

La existencia de dos intereses que se contraponen y la necesidad de aplicar uno de ellos, a través de una medida idónea y necesaria, es la motivación para el ejercicio de la ponderación. A cada derecho o interés, para decirlo de manera más genérica, ha de asignársele un peso específico de acuerdo con la situación fáctica que se presenta, y se trata de establecer a través de un ejercicio de ponderación cuál de los intereses, considerados en abstracto del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto. El peso asignado a cada interés no está referido en términos cuantificables, sino en términos de razones suficientes de acuerdo con las especiales circunstancias del caso particular; esto se traduce en que frente a una situación concreta primará por su peso específico el interés que preceda al otro.[110] Se entiende de ello que la ponderación se lleva a cabo entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el peso de las razones que la justifican.[111]

La estructura argumentativa del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se estructura en tres pasos:

1. determinar las magnitudes que deben ser ponderadas;
2. comparar tales magnitudes;
3. construir una relación de precedencia condicionada entre la medida y el fin propuesto.[112]

---

[107] Bernal Pulido: *El principio*…, o. cit., p. 566.

[108] *Supra*, p. 44.

[109] Luis Prieto Sanchís: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima: Palestra, 2002, pp. 139 s.

[110] Alexy: *Teoría*…, o. cit., p. 93.

[111] Borowski: o. cit., p. 131.

[112] Bernal Pulido: *El principio*…, o. cit., p. 761. Similar resulta esta estructura a la propuesta por Robert Alexy: *Epílogo*…, o. cit., p. 49: "En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro". Es la misma estructura argumentativa propuesta por Klaus Stern, citado por Brage Camazano: o. cit., pp. 227 ss.:

Agregaríamos que, agotados los tres pasos, se entraría en la definición de la proporcionalidad de la medida examinada, definición cuya pretensión de corrección estará dada por la rigidez con que se construya el argumento. La estructura es apenas lógica si se trata de ponderar dos principios o intereses confrontados en una situación concreta. Obviamente, el primer paso será siempre la elección de los derechos, principios o intereses puestos en colisión y determinar sus magnitudes, esto es, sus pesos.

El peso de los derechos y los intereses puestos en colisión depende de dos variables:

- Peso abstracto: Se define por la importancia material que posee el interés dentro del sistema de la Constitución. Tal importancia determina su magnitud y está establecida por el rango o la graduación del derecho constitucional. A los derechos fundamentales se les reconoce mayor jerarquía y, por ende, un plus de protección o garantía reforzada.[113]
- Peso concreto: Consistente en la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, contrastada con la intensidad de la intervención del fin buscado. Entran en juego las circunstancias particulares del asunto que rodea la colisión de intereses; por eso, además de los factores analíticos relativos a la fundamentabilidad de la posición *prima facie* afectada con la intervención, es preciso entrar en consideraciones de nivel empírico, como la eficacia, la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración con que la medida puede afectar el derecho intervenido.

En respuesta a sus contradictores, Alexy emprende una aguerrida defensa de sus tesis y, en alusión a las objeciones que se le formulan sobre la ponderación y los pesos en que se sustenta, reivindica la racionalidad en los límites en la actuación del Estado enfrentada a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Refiere la existencia indudable de escalas de rangos de intensidad en la afectación de los derechos. Esos rangos son designados con las expresiones *leve*, *medio* y *grave*, e incluso es posible darles valores numéricos ($l = 1$, $m = 2$, $g = 4$).[114] Es pertinente aclarar que, en todo caso, ninguno de estos rangos de afectación de los derechos fundamentales puede ser considerado en abstracto, puesto que son las condiciones concretas, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, las que vienen a fijar las magnitudes y los matices —esto es, la intensidad— de las injerencias.

Pues bien; restaría decir que, una vez constatada la existencia de los intereses y después de sopesar sus magnitudes, el paso siguiente es llevar a cabo la ponderación propiamente dicha. Ésta resulta de una medición en términos de razones en torno a los dos extremos en colisión, que debe aquilatar la medida y los fines buscados con ella.

---

averiguación exacta de los bienes e intereses que hay que ponderar, peso de los bienes a ponderar y ponderación propiamente dicha.

[113] Chinchilla Herrera: o. cit., p. 66.

[114] Alexy: *Epílogo…*, o. cit., p. 60.

Se trata de medir "la relación entre la intensidad de la intervención y sus razones de justificación de conformidad con el rango valorativo de los intereses protegidos constitucionalmente, con la finalidad de lograr la protección mayor posible de ambos lados contrapuestos".[115] Deviene de ese ejercicio de ponderación el establecimiento de una relación de precedencia condicionada, a través de la cual se define la proporcionalidad de la medida adoptada.

Bibliografía

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

— *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2005.

— *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. Carlos Bernal Pulido: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

APONTE CARDONA, Alejandro: *Manual para el juez de control de garantías en el sistema penal acusatorio*, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2004.

ARANGO, Rodolfo: *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ARAUJO RENTERÍA, Jaime: "Los métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, 12.º año, tomo II, Montenvideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.

ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium, 1989.

BERNAL CUELLAR, Jaime, y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERNAL PULIDO, Carlos: *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

— *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BOROWSKI, Martín: *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CABEZUDO BAJO, María José: *La inviolabilidad del domicilio y el proceso penal*, Madrid: Iustel, 2004.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí: *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá: Temis, 1999.

---

[115] Brage Camazano: *Los límites a los derechos fundamentales*, o. cit., p. 231.

Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (trad. Marcela Anzola Gil), Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Fundación Konrad Adenauer, 2003.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco: *Las intervenciones corporales: su práctica y su valoración como prueba en el proceso penal,* Madrid: Trivium, 1999.

FAYOS GARDÓ, Antonio: *Derecho a la intimidad y medios de comunicación,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés, Madrid: Trotta, 1995.

FIORAVANTI, Mauricio: *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días,* trad. Manuel Martínez Neira, Madrid: Trotta, 2001.

GALÁN SUÁREZ, Mercedes: *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho,* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia", en *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo,* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Legis, 2006.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Principios y positivismo jurídico,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GASCÓN ABELLÁN, Marina: *Los hechos en el derecho. Bases argumentativas de la prueba.* Madrid: Marcial Pons, 2004.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales,* Madrid: Colex, 1995.

GIMENO SENDRA, Vicente: "El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida", en *Constitución y proceso,* Madrid: Tecnos, 1988.

GÓMEZ AMIGO, Luis: *Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal,* Pamplona: Thomson Aranzadi, 2003.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal,* Madrid: Colex, 1990.

HASSEMER, Winfried: *Crítica al derecho penal de hoy,* trad. Patricia Ziffer, Bogotá: Universidad Externado de Colombia., 1998.

HUERTAS MARTÍN, María Isabel: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba,* Barcelona: Bosch, 1999.

JAUCHEN, Eduardo M.: *Derechos del imputado,* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo: *Interpretación constitucional,* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2002.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *La prisión preventiva (límites constitucionales),* San José de Costa Rica: UCI, 1997.

PAREJO ALFONSO, Luciano: "El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones", en *Cuadernos de Derecho Judicial* ("Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar"), Madrid: Escuela Judicial y CGPJ, 1996.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Los derechos fundamentales,* Madrid: Tecnos, 1988.

PRIETO SANCHÍS, Luis: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial,* Lima: Palestra Editores, 2002.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.): *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Madrid: Edersa, 1992.

ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal,* trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, y Andrés Abel RODRÍGUEZ VILLABONA: *Interpretación judicial,* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil,* trad. Marina Gascón, Madrid. Trotta, 1995.

Rolando E. Gialdino (Argentina)*

El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes

"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y protección"
(Declaración de los Derechos del Niño, principio 7).

Introducción

Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes resultan "actualmente" modalidades de violencia contra los niños "muy ampliamente aceptadas y practicadas", que cuentan con una "legalidad generalizada" y una "persistente aprobación social", que ha venido haciéndose cada vez más "visible".

Esta comprobación, entre otras, constituye, a nuestro juicio, uno de los motivos centrales que condujeron al Comité de los Derechos del Niño, en junio de 2006, a pronunciar la observación general n.º 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo segundo del artículo 28 y artículo 37, entre otros).[1]

---

* Abogado. Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). Profesor universitario de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en diversas universidades argentinas y del extranjero. Miembro de la Sociedad Francesa de Legislación Comparada. ‹rgialdino@csjn.gov.ar›

[1] CRC/C/GC/8; en adelante OG 8. Advertimos que los números puestos entre paréntesis referirán, salvo indicación en contrario, a los párrafos de este documento. La OG 8 estuvo precedida de debates convocados por el citado Comité en el 2000 y el 2001 (1, 6, 8, 9), y es fruto de una preocupación de éste hace tiempo expresada, y compartida por otros órganos de las Naciones Unidas (4, 7, 9), entre los que se cuentan, por ejemplo, los comités de Derechos Humanos, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Contra la Tortura (22, 29). Para lo dicho en el texto en el párrafo anterior: OG 8 (1, 4, 9, 20-21, 34, 35, 45), lo cual no quita algunos progresos (5).

La importancia de este documento se explica por dos razones, al menos. Por un lado, la gravedad de su objeto; por el otro, su carácter y emplazamiento jerárquico dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales. Aun cuando el presente estudio considerará el primer aspecto indicado, no quisiéramos dejar de advertir, respecto del segundo, que desde este mismo Anuario, en una anterior oportunidad, hemos desarrollado las razones por las cuales las observaciones generales de los Comités de las Naciones Unidas que actúan en el marco de determinados tratados internacionales, como es el caso del citado Comité de los Derechos del Niño (en adelante, Com/Niño) creado por la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, Convención), resultan verdaderas fuentes (formales) de dichos ordenamientos, en su plano más elevado; también puntualizamos las diversas consecuencias de peso que de ello se seguían.[2]

La Convención es uno de los más recientes tratados con vocación universal.[3] Se asienta, de tal suerte, sobre bases ya consolidadas, como las que brinda la Carta Internacional de Derechos Humanos, vale decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los dos Pactos Internacionales (1966): el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, de dicha Carta se desprende que la dignidad de cada persona en particular es el principio rector fundamental de la normativa internacional de derechos humanos, y que todo hombre y toda mujer tienen el derecho al respeto de su dignidad (intrínseca) e integridad. Fácil es colegir, en consecuencia, que la Convención vino a sumarse, en lo que atañe al presente tema, a la ya existente prohibición de todos los castigos corporales y de todas las otras formas de castigo crueles o degradantes (véanse 16 y 17; también 2, 21, 26).[4]

Suma, por cierto, para nada innecesaria ya que, no obstante la prohibición precedentemente señalada, el terreno de los niños ofrecía aristas particulares que requerían normas también particulares. De ello da cuenta, precisamente, la comprobación realizada por el Com/Niño, con la que hemos comenzado este trabajo, máxime cuando las características propias de los niños, su situación inicial de dependencia y de desarrollo, su extraordinario potencial humano, así como su vulnerabilidad, son elementos que

---

[2] Rolando E. Gialdino: "La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes *universales* y *americanas*", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2004, t. II, p. 679; asimismo: "Introducción a las observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas en materia de derechos humanos", en *Investigaciones*, n.° 1-2, Buenos Aires, 2001, p. 157.

[3] Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre del año siguiente.

[4] Véase la nota 7. Sobre la temática de la dignidad humana, véase Rolando E. Gialdino: "Dignidad y derechos humanos", en *Investigaciones*, n.° 2-3, Buenos Aires, 2002; y "Dignidad humana y derechos humanos. Una relación indisoluble", en *Revista Derechos Humanos*, n.° 1, Montevideo, 2003, p. 29.

exigen una mayor, no menor, protección jurídica y de otro tipo contra toda forma de violencia (21). No deja de ser más que inquietante dicha comprobación si se atiende a que la Convención, fuera de Somalía y de los Estados Unidos de América, ha sido ratificada por los 191 Estados que la suscribieron, según información oficial de la ONU a septiembre de 2006.

1. Castigos prohibidos

Las circunstancias que hemos expresado en los dos últimos párrafos del punto anterior, por un lado, nos llevan a ver que el artículo 37.a de la Convención dispone que los Estados velarán por que "[n]ingún niño sea sometido a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Pero, por el otro, también nos exigen subrayar que la norma precedente resulta complementada y ampliada (18) por el artículo 19.1: los Estados "adoptarán todas las medias legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".[5] No hay, por ende, "ninguna ambigüedad": la expresión que acabamos de poner en itálica, "no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños" (18), por "leve que sea" (8; asimismo: 11, 31).

Luego, la prohibición comprende:

a. El castigo corporal o físico, esto es, el que utiliza la fuerza física y tiene por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. "En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños ('manotazos', 'bofetadas', 'palizas'), con la mano o con algún objeto —azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes). El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante" (11; asimismo: 22, 46).
b. El castigo no físico en el que "se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño" (ídem).

---

[5] La Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como su hermana europea, también han advertido este lazo entre los artículos 37 y 19 de la Convención; véanse la nota 13 y el texto al que responde la nota 10.

2. *Quid* de los castigos "razonables" o "moderados"

Lo dicho en el punto precedente, en cuanto a que ni siquiera la levedad del castigo prohibido lo volvería permitido, resulta incluso reforzado cuando la OG 8 contesta a las sugerencias formuladas por algunos Estados durante el examen de sus informes periódicos, acerca de que "a veces cierto grado de castigo corporal 'razonable' o 'moderado' puede estar justificado en nombre del 'interés superior' del niño" (26). No cabe la más mínima duda, observa el Com/Niño, que el mentado interés es una "consideración primordial" en todas las medidas concernientes a los niños. Empero, agrega, "la interpretación de lo que se entiende por el interés superior del niño debe ser compatible con toda la Convención, incluidos la obligación de proteger a los niños contra toda forma de violencia y el requisito de tener debidamente en cuenta las opiniones del niño; ese principio no puede aducirse para justificar prácticas, como los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, que están reñidas con la dignidad humana y el derecho a la integridad física del niño" (ídem). Volveremos sobre este tema seguidamente (3.2).

3. *Quid* de determinados ámbitos

3.1. Escuela

Ahora bien, ¿constituye la escuela, por la disciplina que requiere, un ámbito de alguna manera ajeno a prescripciones tan claras como las indicadas en I y II? La respuesta negativa de la OG 8 es terminante (7), máxime cuando, con arreglo al artículo 28.2 de la Convención, los "Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de manera compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención" (18 y 19). Nuestra OG 8, al respecto, resulta continuadora del primer documento de este tipo dictado por el Com/Niño, en el 2001, titulado Propósitos de la educación (7, 47),[6] y también, entre otras, de la observación general 13: El derecho a la educación, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1999 (22).[7] Bueno es

---

[6] HRI/GEN/1/Rev.6, esp. p. 318, § 8.

[7] Expresa esta OG: "los castigos físicos son incompatibles con el principio rector esencial de la legislación internacional en materia de derechos humanos, consagrado en los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de ambos Pactos: la dignidad humana. Otros aspectos de la disciplina en la escuela también pueden ser incompatibles con la dignidad humana, por ejemplo la humillación pública. Los Estados Partes han de adoptar las medidas necesarias para que en ninguna institución de enseñanza, pública o privada, en el ámbito de su jurisdicción, se apliquen formas de disciplina incompatibles con el Pacto [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]. El Comité acoge con satisfacción las iniciativas emprendidas por algunos Estados Partes que alientan activamente a las escuelas a introducir métodos 'positivos', no violentos, de disciplina escolar" (RI/GEN/1/Rev.6, pp. 87-88, § 41).

este recordatorio, puesto que en algunos Estados el castigo corporal está específicamente autorizado en las escuelas y otras instituciones, con reglamentos que establecen de qué manera debe administrarse y por quién (32). Los castigos en las escuelas configuran, por lo demás, una temática que atraviesa toda la OG 8 (3, 5, 8, 12, 22 y pássim).

3.2. Hogar/familia

¿Qué decir del ámbito familiar? Algo análogo a lo anterior. En su artículo 5 la Convención afirma que los Estados deben respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres "de impartirle [al niño], en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención". Sin embargo, "la interpretación de una dirección y orientación 'apropiadas' debe ser coherente con el resto de la Convención y no permite ninguna justificación de formas de disciplina que sean violentas, crueles o degradantes" (28; asimismo: 47).[8] Luego, quedan censuradas de manera concluyente las disposiciones jurídicas de los códigos penales, civiles o de familia que, en muchos Estados, ofrecen a los padres y a otros cuidadores una defensa o justificación para el uso de cierto grado de violencia a fin de "disciplinar" a los niños (la defensa del castigo o corrección "legal", "razonable" o "moderado" ha formado parte durante siglos del common law inglés, así como el "derecho de corrección" de la legislación francesa) (31; asimismo: 39).[9] Si bien la Convención considera a la familia como "grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños" (preámbulo), y exige que los Estados respeten y apoyen a las familias, ello no produce ningún tipo de conflicto con la obligación de éstos de velar por que la dignidad humana y la integridad física de los niños en la familia reciban plena protección junto con los otros miembros de ésta (27). Aun cuando no incumbe a la Convención prescribir detalladamente de qué manera los padres deben relacionarse con sus hijos u orientarlos, no por ello deja de ofrecer un marco de principios que sirve de guía para las relaciones tanto dentro de la familia como entre los maestros, los cuidadores y otras personas y los niños (46).

---

[8] Conviene advertir que el artículo 5 menciona a los "padres" o, en su caso, a "los miembros de la familia ampliada", a la "comunidad", a los "tutores" y a "otras personas encargadas legalmente del niño".

[9] El artículo 278 del Código Civil argentino dispone, después de la reforma introducida por la ley 23.264, de 1985: "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren".

En este orden de ideas, la OG 8 citará, entre otras, la sentencia *A. c. Reino Unido* de la Corte Europea de Derechos Humanos (23). Recordamos, entonces, que en ese caso dicha Corte, después de puntualizar que los repetidos y fuertes golpes con un palo propinados a un menor (9 años) por su abuelo constituían un trato que alcanzaba la gravedad prohibida por el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, estimó que, en particular, los niños y otras personas vulnerables tienen derecho a la protección del Estado bajo la forma de una prevención eficaz que los ponga al abrigo de formas tan graves de menoscabo de su integridad personal. Es de subrayar que, en apoyo de este párrafo, la Corte Europea mencionó, además de precedentes de su propia cosecha, los artículos 19 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.[10] Con todo, no podemos pasar por alto que el castigo contra el que protege la Convención, según lo entiende la OG 8, va más allá de lo que pueda alcanzarse con arreglo al artículo 3 de la citada Convención Europea: la "Corte recuerda que los malos tratos deben alcanzar un mínimo de gravedad para quedar comprendidos en el marco del artículo 3. Esta apreciación es relativa: depende del conjunto de hechos de la causa. Es necesario tomar en cuenta factores como la naturaleza o el contexto del trato, su duración, sus efectos físicos o mentales, así como, a veces, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima (sentencia Costello-Roberts c. Reino Unido del 25 de marzo de 1993, serie A n.º 247-C, p. 59, § 30)".[11]

3.3. Otros entornos

En rigor, la OG 8 se proyecta a todo ámbito. Además del educativo y del familiar, ya mencionados, cuentan, inter alia, los sistemas de justicia —tanto en lo que se refiere a sentencias de los tribunales como a castigos en instituciones penitenciarias o de

---

[10] Sentencia del 23-9-1998, *RecueilReports* 1998-VI, § 22. La Corte Europea también recuerda que en el derecho inglés, por un lado, era posible defenderse de una acusación por vías de hecho contra un niño alegando que el trato litigioso constituía un "castigo razonable", y, por el otro, que correspondía a la acusación establecer, más allá de toda duda razonable, que dichas vías pasaron los límites de un castigo lícito. En el caso, acotó, aun cuando el actor sufrió un trato de "gravedad suficiente" para caer dentro del citado artículo 3, el jurado absolvió a su abuelo. Por ende, según la Corte, la ley no protegía suficientemente al actor de un trato o pena contrarios al artículo 3, máxime cuando el propio Gobierno reconoció que, en su estado actual, la ley no asegura una protección suficiente a los niños y debe ser modificada (§ 23-24). Acotamos, de nuestra parte, que el reiteradamente citado artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos dispone que nadie puede ser sometido "a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva *Condición jurídica y derechos humanos del niño,* que citaremos seguidamente en el texto, también recordará el § 22 de *A. c. Reino Unido* (§ 90).

[11] *A. c. Reino Unido,* citado en nota anterior, § 20; el antecedente *Costello-Roberts c. Reino Unido* también es citado en la OG 8 (23, nota 11).

otra índole—,[12] las situaciones de trabajo infantil y la comunidad en general (12; asimismo: 3, 5, 9, 22, 24, 35/36, 46). Es de anotar que el Com/Niño recuerda a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto, en la opinión consultiva Condición jurídica y derechos humanos del niño, sostuvo que "los Estados Partes en la Convención Americana [sobre Derechos Humanos] tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales" (24).[13] No falta, en nuestra OG, la referencia a otros apoyos, especialmente, jurisprudenciales.[14]

4. La justificación religiosa

Hay quienes aducen justificaciones —observa el Com/Niño— de inspiración religiosa para el castigo corporal, sugiriendo que determinadas interpretaciones de los textos religiosos no sólo lo justifican sino que lo consideran un deber. La respuesta del Com/Niño persiste, mutatis mutandi, en los razonamientos de los que ya hemos dado cuenta: la libertad de creencia religiosa está consagrada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18), pero la práctica de una religión o creencia debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y a la integridad física de los demás. La libertad de practicar la propia religión o creencia puede verse legítimamente limitada a fin de proteger los derechos y libertades fundamentales de los demás. En determinados Estados, el Com/Niño ha comprobado que los niños, en algunos casos desde muy temprana edad, y en otros casos desde que se considera que han llegado a la pubertad, pueden ser condenados a castigos de extrema violencia, como la lapidación y la amputación, prescriptos según determinadas interpretaciones de la ley religiosa. Esos castigos constituyen una violación flagrante de la Convención y de otras normas internacionales de derechos humanos, como también lo han destacado el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura, y deben prohibirse (29).

Hace algunos años, en oportunidad de considerar la dignidad humana en el horizonte de los derechos humanos, dimos cuenta de una sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, por la que resolvió el recurso de una asociación voluntaria de 196

---

[12] No cabe olvidar el artículo 37.*c* de la Convención, según el cual los Estados velarán por que "[t]odo niño privado de libertad sea 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".

[13] OC-17/2002, 28-8-2002, serie A, n.o 17, § 88 y 137.9. Para la relación entre los artículos 37 y 19 de la Convención que hemos anticipado en nota 5, véase el § 90.

[14] La OG 8 cita antecedentes del Comité Europeo de Derechos Sociales (23), de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (25), y de tribunales nacionales de Fiji, Italia y Sudáfrica (25).

escuelas privadas (14 500 alumnos) contra la ley que había prohibido los "castigos corporales" en las escuelas, con fundamento en que éstos eran parte integrante de la ética cristiana en dichos establecimientos. El argumento principal de la impugnación fue que la prohibición legal general de los citados castigos contravenía la Constitución, al limitar los derechos individuales y colectivos de los padres al libre ejercicio de la religión. Empero, uno de los principales motivos por los que el fallo se volcó en favor de la validez de la norma de prohibición radicó, precisamente, en que ésta tenía por función principal y simbólica el respeto de la dignidad del conjunto de los niños y su integridad física y emocional.[15] Hoy vemos, con satisfacción, que la OG 8 también se ha hecho eco de ese valioso precedente sudafricano (25, nota 15).

5. Síntesis

En suma, queda rechazada por la OG 8 toda posible justificación de la violencia y la humillación como formas de castigo de los niños (13), independientemente de que se la denomine "disciplina" o "corrección razonable" (34). Esta protección, por lo demás, se encuentra presente "en cualquier lugar […] y sea cual fuere su autor" (35). La doctrina de los estudiosos anterior a la OG 8 ya había advertido que el Com/Niño entendía que la expresión "o de cualquier persona" que tenga el niño a cargo (Convención, artículo 19.1) abarcaba al personal de instituciones públicas, como las penales y colegios estatales, y al personal de instituciones privadas, como los colegios de este ámbito. Esto último implicaba que el citado artículo 19 tenía efectos horizontales.[16]

La violencia y la humillación, desde luego, no rechazan en modo alguno "el concepto positivo de la disciplina" (13), pues el objetivo, por lo contrario, es promover formas "positivas, no violentas y participativas" (38).[17] Aquéllas, a su vez, no se confunden, por un lado, con las acciones e intervenciones físicas destinadas a proteger al niño: cuando "se trata de nosotros, adultos, sabemos muy bien distinguir entre una acción física protectiva y una agresión punitiva; no resulta más difícil hacer esa distinción cuando se trata de los niños" (14),[18] ni, por el otro, con el uso de la fuerza a fin de controlar conductas peligrosas del niño (15).[19]

---

[15] Gialdino: "Dignidad humana y derechos humanos…", o. cit. (nota 4), p. 59. El caso aludido es *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, sentencia del 18-8-2000, *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle*, n.° 2, Comisión de Venecia, 2000, RSA 010.

[16] Sharon Detrick: *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, La Haya-Boston-Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 326 y 489.

[17] Para lo cual existen muchos ejemplos de materiales y programas, entre los que se destaca el manual de la UNESCO titulado *Eliminating corporal punishment: the way forward to constructive child discipline* (48). Reacuérdese la nota 7.

[18] "Es preciso que en su legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes a fin de que quede absolutamente claro que es tan ilegal golpear, 'abofetear' o 'pegar' a un niño como lo es dar ese trato a un adulto" (34).

[19] En estas "circunstancias excepcionales" igualmente debe aplicarse "siempre el principio del uso mínimo necesario de la fuerza por el menor tiempo posible" (15).

6. Medidas para eliminar los castigos prohibidos

El ya citado artículo 19 de la Convención, combinado con el artículo 4, pone en claro que se necesitan medidas legislativas y de otro tipo para que los Estados cumplan las obligaciones de proteger a los niños contra toda forma de violencia. Es preciso, además, que aquéllos actúen "rápidamente" (2), con toda "urgencia" (7). Está en la liza una obligación "inmediata e incondicional" (22).

Empero, en lo que atañe a la legislación, un número cada vez mayor de Estados está reconociendo que no basta simplemente con abolir la autorización de los castigos corporales o las excepciones que existan. Además de ello, es necesario que en la legislación civil o penal conste la prohibición explícita de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes (35). Más aún; habida cuenta de la aceptación tradicional de los castigos corporales, es fundamental que la legislación sectorial aplicable —por ejemplo, el derecho de familia, la ley de educación, la legislación relativa a todos los otros tipos de cuidado y los sistemas de justicia, la ley sobre el empleo— prohíban claramente su utilización en los entornos pertinentes (ídem, y 39).[20] Incluso sería valioso que los códigos de ética profesionales y las orientaciones para los maestros, cuidadores y otros interesados, así como los reglamentos o estatutos de las instituciones, destacaran la ilegalidad de los castigos corporales y de otras formas de castigo crueles o degradantes (ídem).

Con todo, el emplazamiento de la violencia proveniente de los padres en el ámbito penal, dada la situación de dependencia de los niños y la intimidad característica de las relaciones familiares (41), merece, a juicio de la OG 8, una especial cautela: el "principio de minimis —la ley no se ocupa de asuntos triviales— garantiza que las agresiones leves entre adultos sólo lleguen a los tribunales en circunstancias muy excepcionales. Lo mismo se aplicará a las agresiones de menor cuantía a los niños. Los Estados deben elaborar mecanismos eficaces de notificación y remisión. Si bien todas las notificaciones de violencia hacia los niños deberían investigarse adecuadamente y asegurarse la protección de los niños contra daños importantes, el objetivo debería ser poner fin al empleo por los padres de la violencia u otros castigos crueles o degradantes, mediante intervenciones de apoyo y educativas, y no punitivas" (40; sobre la señalada investigación, véase asimismo: 43).[21]

También requiere extremo cuidado la adopción de otras medidas de intervención en la familia —verbigracia, separar al niño o al autor de la violencia, tal como lo indica

---

[20] La cuestión de la violencia en el trabajo de niños es materia de especial preocupación del Com/Niño (36).

[21] "En la mayoría de los casos, no es probable que el enjuiciamiento de los padres redunde en el interés superior de los hijos. El Comité opina que el enjuiciamiento y otras intervenciones oficiales (por ejemplo, separar al niño o al autor) deberían tener lugar sólo cuando se considere necesario para proteger al niño contra algún daño importante y cuando vaya en el interés superior del niño afectado. Deberán tenerse debidamente en cuenta las opiniones del niño afectado, en función de su edad y madurez" (41).

la nota anterior—, a lo que se agrega que el artículo 9 de la Convención exige que la separación del niño de sus padres deba considerarse necesaria en el interés superior del niño y estar sujeta a revisión judicial, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, y con la participación de todas las partes interesadas, incluido el niño. Aun cuando la separación se considere justificada, deberán estudiarse las alternativas a la colocación del niño fuera de la familia —por ejemplo, la separación del autor o la condena condicional, entre otras (42)—. Una de las premisas relevantes de la Convención es que dicha separación constituye la solución extrema de una situación extrema.[22]

Por lo contrario, cuando, no obstante la prohibición y los programas de educación y capacitación positivas, se conozcan casos de castigos corporales fuera del hogar —por ejemplo, en las escuelas, en otras instituciones y tipos de cuidado— "una respuesta razonable podría ser el enjuiciamiento". El hecho de prever otras medidas disciplinarias o el alejamiento del autor debería también constituir un claro factor disuasivo (43).

Empero, la aceptación tradicional y generalizada de los castigos corporales nos alerta de que "la prohibición por sí sola no logrará el cambio de actitudes y de prácticas necesario" (45). Se requiere, además, una labor de "vigilancia" y de "supervisión continua" (43; asimismo: 50/52)[23] y, sobre todo, de "sensibilización general acerca del derecho de los niños a la protección y de las leyes que recogen ese derecho" (ídem y 49; véase Convención, artículo 42). Y, desde luego, el "ejemplo": los "niños aprenden de lo que hacen los adultos, no sólo de lo que dicen. Cuando los adultos con los que el niño está más estrechamente relacionado utilizan la violencia y la humillación en sus relaciones con él, están demostrando falta de respeto por los derechos humanos y transmitiendo un mensaje poderoso y peligroso en el sentido de que ésos son medios legítimos para procurar resolver los conflictos o cambiar comportamientos" (46).[24]

---

[22] Geraldine Van Bueren: *The International Law on the Rights of the Child*, La Haya-Boston-Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 87. La Corte Interamericana de Derechos Humanos "destaca los *travaux préparatoires* de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46)". *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, citada en nota 13, § 75.

[23] Incluso de las ONG, las instituciones académicas, las asociaciones profesionales, los grupos de jóvenes y las instituciones independientes que se ocupan de los derechos humanos (52). Véase, también, del Com/Niño, la observación general 2: *El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*, y la observación general 5: *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42, y párrafo 6 del artículo 44)*, citados en la OG 8 (52 y 50, respectivamente).

[24] El desarrollo sano del niño depende de los padres y otros adultos para la orientación y dirección necesarias, de acuerdo con el desarrollo de su capacidad, a fin de ayudarlo en su crecimiento para llevar una vida responsable en la sociedad (13).

La OG 8 pone en juego, por ende, una estrategia para reducir y prevenir toda forma de violencia "en las sociedades" (3).

También se requiere la labor de los jueces, ya que, incluso en algunos Estados en los que no existe una excepción o justificación explícita para los castigos corporales, pero sí la aceptación indicada en el párrafo anterior, ésta se ve reflejada en decisiones de los tribunales, mediante las cuales padres o maestros, u otros cuidadores, han sido absueltos de agresión o de malos tratos en razón de que estaban ejerciendo el derecho o la libertad de aplicar una "corrección" moderada (33).

En breve, lo que nuestra problemática exige, además de lo ya expresado, es la creación de "conciencia", de "orientación y de "capacitación", entre todos los interesados,[25] lo cual incluye, naturalmente, a los propios niños.[26]

Ello proporcionará la clave del posible éxito de todo sistema de protección de los derechos humanos: la prevención.

---

[25] Véanse 38, 48, 49. Desde luego, el artículo 39 de la Convención exige a los Estados que adopten todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de "cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". Los castigos corporales y otras formas de castigo degradantes pueden infligir graves daños al desarrollo físico, psicológico y social de los niños, que exigirán los debidos tratamientos y cuidados sanitarios o de otro tipo. Éstos deberán tener lugar en un entorno que promueva la salud integral, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño, y que sean extensivos, según proceda, al grupo familiar del niño. Debería aplicarse un criterio interdisciplinario a la planificación y prestación de los cuidados y tratamientos, con una formación especializada de los profesionales interesados. Las opiniones del niño deberán tenerse debidamente en cuenta en lo que se refiere a todos los aspectos de su tratamiento y en la revisión de éste (37).

[26] La participación de éstos es una constante en la OG 8 (verbigracia: 41, 42, 44, 47).

Reinaldo Pereira e Silva (Brasil)*

A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual

1. Introdução

Motivado pela crescente importância da disciplina "direito ambiental" nos currículos das universidades do Brasil, optei por discorrer, neste artigo, sobre o ambiente natural como verdadeiro direito fundamental. E o fiz em termos estritamente doutrinários, apenas enfrentando lateralmente aspectos relevantes do direito positivo brasileiro. Tal opção decorreu do convencimento pessoal de que a doutrina constitucional ainda não investigou o ambiente natural em pé de igualdade com os demais direitos fundamentais. Por tal razão, este artigo não distingue, no tratamento dos direitos fundamentais, os elementos de definição a que se sujeitam, nem as condições necessárias para sua efetividade. A crítica que aqui se faz ao magistério de Robert Alexy, por exemplo, não tem outro propósito senão o de demonstrar que são os argumentos de desigual peso e as tipologias tendenciosas que ofuscam a percepção do ambiente natural como verdadeiro direito fundamental. O artigo, antes de seu desfecho, apresenta uma classificação analítica dos direitos fundamentais, com pretensão de certa

---

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional -nos cursos de graduação e mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina e no curso de mestrado da Universidade do Sul de Santa Catarina. Procurador do Estado. Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil (1998/2000 e 2004/2006). Membro Efetivo da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (2001/2003 e 2004/2006).

originalidade. Se nenhum mérito ela ostentar, ao menos serviu-me para reavaliar posições anteriores e corrigir erros de compreensão.

2. Elementos de definição

Partindo do pressuposto de que não são exigências alternativas, mas requisitos que demandam simultânea configuração, quatro são os elementos de definição dos direitos fundamentais: 1. direitos fundamentais são direitos humanos; 2. direitos fundamentais são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana; 3. direitos fundamentais são direitos individuais; e 4. direitos fundamentais são direitos sujeitos à funcionalidade social.

O primeiro elemento de definição, ao asseverar que os direitos fundamentais são direitos humanos, demarca seu continente de acordo com as exigências da dignidade humana. Sob a diretriz de que o homem deve ser tratado como um fim em si (*comme une fin en soi*)[1], a dignidade não se apresenta como um princípio único e isolado, mas como uma unidade interdependente de prerrogativas, expressa mediante uma "pluralidade de valores que só se abre ao homem paulatinamente na história"[2]. Afastando a indignidade de ser tratado somente como um meio (*seulement comme un moyen*)[3], a dignidade se traduz, em termos concisos, como uma exigência de não-instrumentalização do homem (*exigence de non instrumentalisation de l'homme*)[4]. Direitos fundamentais, portanto, são direitos que consagram prerrogativas cujo resguardo e cuja promoção são condição necessária para a emancipação do homem e para o efetivo combate a toda forma de opressão.

O segundo elemento de definição guarda com o primeiro uma relação de continente e conteúdo[5], permitindo distinguir os direitos fundamentais dos demais direitos, inclusive de certos direitos constitucionais. Com efeito, direitos fundamentais são direitos considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana[6].

---

[1] Cf. LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1960. p.236

[2] HARTMANN, Nicolai. *Ontología*. v. I. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p.23

[3] LALANDE, André. op. cit. p.236

[4] ANDORNO, Roberto. *La Convention d'Oviedo: vers un droit commun européen de la bioéthique*. In: AZOUX-BACRIE, Laurence (org.). *Bioéthique, bioéthiques*. Bruxelles: Bruylant, 2003. p.63

[5] "Sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa, por via de conseqüência, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.87).

[6] Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p.516; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993. p.163-4; ROULAND, Norbert. *I fondementi antropologici dei diritti dell´uomo*. Rivista internazionale di filosofia del diritto, Milano, Giuffrè Editore, IV serie, n. 2, LXXV, aprile/giugno 1998. p.281

Evidentemente que, no amplo rol de direitos previstos no ordenamento jurídico, alguns visam à satisfação de interesses de menor envergadura, outros visam à satisfação de interesses de maior envergadura. Mesmo em sede constitucional, há a consagração de direitos destinados à satisfação de interesses superiores e interesses inferiores. Os direitos fundamentais são, apenas, aqueles direitos cujos interesses assegurados são considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana[7].

Na prática, a consagração da dignidade identifica o ordenamento constitucional como um todo semântico comprometido com a emancipação humana, isto é, uma unidade completa de sentido (*unité parfaite de sens*) empenhada com os objetivos do constitucionalismo dos direitos fundamentais. Esta pré-compreensão afasta da elaboração da compreensão jurídica toda possibilidade de sentido - atribuída às regras e aos princípios constitucionais - que favoreça a opressão em quaisquer de suas formas. Segundo a consciência hermenêutica da modernidade, embora muitas possam ser as elaborações razoáveis da compreensão jurídica no caso concreto, a interpretação de uma norma constitucional de modo a propiciar a opressão se torna uma elaboração irrazoável da compreensão, ou seja, uma manifesta incompreensão[8].

O terceiro elemento de definição esclarece que os direitos fundamentais são direitos de exclusiva titularidade de indivíduos humanos[9]. O que significa dizer que o Estado, a sociedade nacional e a sociedade internacional, as coletividades em geral e as pessoas jurídicas de direito privado podem ser titulares de variados tipos de direitos previstos no ordenamento jurídico, menos de direitos fundamentais.

Na análise do terceiro elemento de definição, cabe dedicar mais tempo, abrir parêntese e criticar a dicotomia dos direitos individuais e bens coletivos, explorada na obra de Robert Alexy. Além de preparar o terreno para enfrentar o tema central deste artigo - o ambiente natural como prerrogativa humana individual -, a crítica pretendida também visa a melhor aclarar a natureza individual dos direitos fundamentais.

Após apresentar como exemplos de bens coletivos a segurança interna e externa, a prosperidade econômica, a integridade ambiental e o alto nível cultural, Robert Alexy propõe um conceito de bem coletivo que seja uma contrapartida dos direitos individuais. Dessa forma, sugere que "*um conceito tal de bem coletivo pode constituir-se com a ajuda do conceito de não-distributivo. Um bem é um bem coletivo*

---

[7] Cf. SABETE, Wagdi. *La méthodologie de la science constitutionnele de la liberté.* Rivista internazionale di filosofia del diritto, Milano, Giuffrè Editore, IV serie, n. 2, LXXIV, aprile/giugno 1997. p.287

[8] Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões sobre a pré-compreensão constitucional: a dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido*. Seqüência. Revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, Fundação Boiteux, n. 50, ano XXV, julho de 2005. p.211; ROULAND, Norbert. op. cit. p.246-7

[9] "Todo direito fundamental, no direito brasileiro, é também individual e, nesta medida, seu núcleo é intangível (CF, art. 60, par. 4o)" (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* São Paulo: Malheiros, 2002. p.209-10).

de uma classe de indivíduos quando conceitualmente, fática ou juridicamente, é impossível dividi-lo em partes e outorgá-las aos indivíduos"[10].

Como já se disse, um dos elementos de definição dos direitos fundamentais é a constatação de que tais direitos são de exclusiva titularidade de indivíduos humanos. Ora, o fato de o conteúdo de um direito ser supra-individual e, por tal razão, indivisível, como é o caso dos chamados bens coletivos, não o exclui da definição de direitos individuais. E, não o excluindo, permite identificá-lo como um direito fundamental, desde que seu conteúdo contemple prerrogativas imprescindíveis à emancipação do homem.

Nem todo direito individual possui um conteúdo individual. Há direitos individuais cujo conteúdo é supra-individual, como é o caso do direito fundamental ao ambiente natural. Da mesma forma, há direitos individuais de exercício supra-individual, não obstante seu conteúdo seja individual, como é o caso do direito fundamental de associação. Nessa mesma linha de distinções, vale lembrar que há, ainda, direitos individuais de conteúdo individual que se relacionam com a supra-individualidade apenas em termos de tutela jurisdicional, como ocorre em certas ações coletivas.

Outra crítica que se pode fazer ao magistério de Robert Alexy diz respeito ao espaço que o valor liberdade ocupa na definição dos direitos individuais. A despeito de afirmar em doutrina a igualdade axiológica[11] , o que se percebe é que o autor prefere a liberdade aos demais valores do ordenamento jurídico, sustentando tal predileção de modo quase incondicionado. Tal percepção, de significativos efeitos práticos, sobressai em dois distintos momentos: inicialmente, quando o autor discorre sobre a ponderação entre direitos individuais e bens coletivos e, n´outra oportunidade, quando se propõe a não tratar da chamada precedência *prima facie* dentro da classe dos direitos individuais.

Antes de demonstrar as conseqüências jurídicas da opção preferencial de Robert Alexy, é preciso explicitar alguns aspectos de sua distinção das normas jurídicas em princípios e regras. Segundo o autor, os princípios são mandados de otimização, isto é, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Isto significa dizer que os princípios são normas que podem ser realizadas em diferentes medidas, não dependendo sua realização apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Enquanto a referência às possibilidades fáticas conduz à reflexão sobre os princípios da adequação e da necessidade, a referência às possibilidades jurídicas implica uma lei de ponderação assim formulada: "*quanto menor é a medida de realização de um princípio, tanto maior tem que ser a*

---

[10] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. p.186-7

[11] Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p.170-1

importância de realização do outro". A lei de ponderação se identifica com o princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

Por outro lado, para Robert Alexy, as regras são normas que se apresentam como mandados definitivos, podendo ser realizadas ou não[12].

Na prática, a distinção proposta, ao identificar em um direito o caráter de mandado de otimização, não o trata em termos de direito definitivo, mas de direito *prima facie*, isto é, direito que, em colisão com outro direito – ou com um bem coletivo, para usar a dicotomia de Robert Alexy – pode ser restringido. Segundo o autor, "*somente pode falar-se de uma colisão entre direitos individuais e bens coletivos na medida em que eles tenham caráter de princípios, ou melhor, sejam mandados de otimização. Na medida em que eles tenham caráter de regras, é só possível um conflito de regras, que é totalmente diferente de uma colisão de princípios*"[13].

A diferença, segundo Robert Alexy, consiste em que, na colisão de princípios, se aplica a lei de ponderação, permanecendo íntegros ambos os princípios no ordenamento jurídico, apenas restringidos no caso concreto; no conflito de regras, não há que se falar em ponderação, pois a realização de uma regra implica a eliminação concreta da outra. Em outras palavras, "*enquanto o conflito de regras é levado à conclusão na dimensão da validade, a colisão de princípios se resolve para além da dimensão da validade, na dimensão do peso*"[14]. A metáfora do peso expressa um tipo de convivência entre os princípios denominada de "*relação de precedência condicionada*". Para o autor, a "*relação de precedência condicionada*" consiste em indicar "*as condições sob as quais um princípio precede ao outro, levando em conta o caso concreto. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente*"[15].

Ocorre que, na doutrina de Robert Alexy, a exclusão dos bens coletivos da classe dos direitos individuais acaba favorecendo, na hipótese de colisão de princípios, uma pseudo ponderação entre eles, já que a solução prática é a mesma do conflito de regras. Esta solução, na qual um dos princípios não é somente restringido, mas simplesmente eliminado, decorre da "precedência *prima facie* em favor dos direitos individuais" proposta pelo autor. Esta precedência *prima facie*, ainda segundo o autor, "*expressa-se numa carga de argumentação a favor dos direitos individuais e contra os bens coletivos*"[16].

---

[12] Cf. ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. IV Jornadas internacionales de lógica e informática jurídicas. San Sebastián, septiembre 1988. p.143-4 e 147; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.86 e 99; ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. p.185

[13] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. p.204

[14] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.89

[15] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.92 e 157-8

[16] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. p.207. Em termos mais gerais, ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. p.148

Uma maior evidência da opção preferencial de Robert Alexy pelo valor liberdade se manifesta numa contradição. Ao mesmo tempo em que não afirma expressamente a precedência *prima facie* dos direitos de liberdade em relação aos demais direitos incluídos na classe dos direitos individuais, a exemplo dos direitos que demandam prestações do Estado[17], a doutrina de Robert Alexy, na hipótese de colisão de princípios, não o resolve em termos de convivência ponderada de duas instâncias fundamentais, mas em termos de *in dubio pro libertate*.

Dessa maneira, a "precedência *prima facie*", diferentemente da "relação de precedência condicionada", torna-se um recurso perigoso para a efetividade de certas categorias de direitos fundamentais, porque, dada a freqüência em que se encontram sob a evasiva de "menos pesadas" à primeira vista, estas categorias terminam sendo reconhecidas socialmente como de inferior hierarquia. Na verdade, o recurso à "precedência *prima facie*" só consegue ocultar sua feição ideológica quando implementado nas situações de colisão entre direitos de liberdade. Nas situações de colisão entre direitos de diferentes categorias é impossível dissimular, em sua implementação, o favoritismo da ideologia individualista. Cumpre registrar que se entende por ideologia individualista um ideário egoísta que, a pretexto de resguardar e promover a dignidade, aprofunda a opressão entre os homens e pouca importância dá ao "ambiente de vida" como fator de emancipação.

Não há dúvida de que, em detrimento da correta definição de direitos individuais, a doutrina de Robert Alexy prega uma hierarquia axiológica de certo cunho individualista. Os efeitos práticos dessa doutrina se anunciam de duas formas complementares: ora desqualificando certos direitos de conteúdo supra-individual como se não fossem direitos de titularidade individual, a exemplo do direito fundamental ao ambiente natural, ora subjugando certos direitos de conteúdo individual em relação a outros direitos também de conteúdo individual, a exemplo dos direitos de liberdade em relação aos direitos que demandam prestações do Estado.

A correta definição dos direitos individuais deve favorecer a compreensão de que entre os direitos fundamentais não existe "precedência *prima facie*", já que, à primeira vista, uns não preferem aos outros. Isto nada tem a ver com a constatação de que os direitos fundamentais são direitos *prima facie.* Afirmar que os direitos fundamentais são direitos *prima facie* significa dizer que tais direitos somente se realizam no caso concreto, atingindo seus contornos definitivos em relação de reciprocidade[18]. Em outras palavras, os direitos fundamentais "não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas se relacionam uns com os outros e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si"[19].

---

[17] Cf. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. p.208

[18] RTJ 185/849

[19] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p.413. Isoladamente, em que consiste, por exemplo, o direito de propriedade? T. H. Marshall responde: "o direito de propriedade não é um direito de possuir propriedade, mas um

Deve-se, por fim, reafirmar que não é o conteúdo divisível de um direito, menos ainda a forma de seu exercício e os meios de sua tutela, que o qualificam como individual. Direito individual é direito de titularidade individual, é direito que o ordenamento reconhece como passível de integrar o patrimônio jurídico de um indivíduo, gerando, a partir daí, efeitos práticos. É neste sentido que a individualidade humana é o terceiro elemento de definição dos direitos fundamentais.

O quarto elemento de definição veicula a idéia de que os direitos fundamentais, como quaisquer direitos, se sujeitam à funcionalidade social. Com isto se quer dizer que a compreensão dos direitos fundamentais em toda sua extensão e profundidade não prescinde da simultânea consideração dos deveres que lhes são inerentes. Em outras palavras, os direitos fundamentais, a par da consagração de prerrogativas humanas, incorporam proibições de ordem pública e obrigações sociais[20]. Quando os deveres se encontram sob a responsabilidade do Estado, costuma-se falar da dimensão vertical dos direitos fundamentais; quando se encontram sob a responsabilidade dos próprios indivíduos, fala-se, atualmente, da dimensão horizontal[21]. A funcionalidade social, a que se sujeitam os direitos fundamentais, expressa uma certa forma de compreensão da dimensão horizontal. Mais corriqueiramente, a dimensão horizontal é compreendida como um mecanismo de distribuição de direitos e deveres entre indivíduos distintos; a funcionalidade social, diferentemente, compreende a dimensão horizontal como atribuição, ao mesmo tempo, a um mesmo indivíduo, de direitos e deveres. É neste último sentido que se deve entender a assertiva segundo a qual não há direitos desacompanhados de deveres. Na verdade, sem a referência aos deveres simultâneos, a definição dos direitos fundamentais não seria apenas incompleta: seria totalmente errônea.

3. Condições necessárias

Quatro são as condições necessárias para a efetividade dos direitos fundamentais: 1. é preciso que a sociedade, na qual eles são reconhecidos, se organize sob a

---

direito de adquiri-la, caso possível, e de protegê-la, se se puder obtê-la". E em que consiste a liberdade de manifestação do pensamento? Ainda segundo T. H. Marshall: "a liberdade de manifestação do pensamento possui pouca substância se, devido à falta de educação, não se tem nada a dizer que vale a pena ser dito, e nenhum meio de se fazer ouvir se há algo a dizer" (MARSHALL, T. H.. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p.80). O que também se evidencia nesses dois exemplos é que, alheios à unidade e à interdependência, os direitos se negam a si mesmos como agentes de emancipação, prestando-se a um disfarce no trajar de novos fatores de opressão.

[20] Consultar o famoso parecer em favor da viúva de um guarda civil, MANGABEIRA, João. *Idéias políticas*. v. I. Brasília: Senado Federal, 1987. p.491-504

[21] Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p.1152

forma de Estado de direito[22]; 2. é preciso que tais direitos estejam positivados na Constituição do respectivo Estado ou que sejam, ao menos, constitucionalizáveis[23]; 3. é preciso que tais direitos sejam realmente considerados essenciais à existência e ao conteúdo dos demais direitos da mesma ordem jurídica positiva[24]; e 4. é preciso que o exercício de tais direitos seja acompanhado de garantias jurídicas precisas[25].

Quanto à primeira condição necessária, correspondente à organização da sociedade sob a forma de Estado de direito, é importante ressaltar que o Estado de direito (*Stato di diritto*), para não ser confundido com um Estado de delito (*Stato di delitto*), não pode reduzir seus compromissos sociais à mera observância da legalidade formal, mas, antes e acima de tudo, deve voltar-se à promoção concreta da justiça, não tolerando qualquer conteúdo legal como verdadeira expressão do direito, nem legitimando a omissão diante da injustiça como adequada conduta estatal.

Estado de direito não é Estado de leis que admitem qualquer miolo semântico, nem Estado inerte diante da exploração do homem pelo homem; Estado de direito é Estado de liberdade, é Estado de igualdade e é Estado de consciência ecológica. Em suma, Estado de direito é Estado compromissado com a justiça[26].

Muito embora mal compreendida em variados momentos da história recente, o fato é que, na modernidade, "a justiça é condição de racionalidade do direito" (*condition de rationalité du droit*)[27].

Partindo da premissa platônica de que é impossível definir a justiça em abstrato, Gustavo Zagrebelsky assevera que "*a justiça é uma exigência que postula uma experiência pessoal: a experiência, exatamente, da justiça, ou melhor, da aspiração da justiça que nasce da experiência da injustiça e da dor que dela deriva*"[28]. Na verdade, a justiça depende da injustiça, já a injustiça prescinde da justiça, ou melhor, prescinde da dicotomia justo/injusto. Segundo Jean Baudrillard, "*o bem consiste em uma dialética do bem e do mal. O mal consiste na negação dessa dialética*"[29].

---

[22] Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003. p.19 e seguintes

[23] Cf. MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004. p.254-5 e 305

[24] Cf. MARCOUX, Laurent. *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Économique Européenne*. Revue internationale de droit comparé, Paris, n.4, oct./déc. 1983. p.691

[25] Cf. VASAK, Karel. *A realidade jurídica dos direitos do homem*. In: VASAK, Karel (org.). As dimensões internacionais dos direitos do homem. Tradução de Carlos Alberto de Brito. Lisboa: LTC, 1983. p.20

[26] Cf. SILVA, José Afonso da. op. cit. p.110-1

[27] SABETE, Wagdi. op. cit. p.299

[28] MARTINI, Carlo Maria; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La domanda di giustizia*. Torino: Giulio Einaudi, 2003. p.16

[29] BAUDRILLARD, Jean. *A transparência do mal*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Campinas: Papirus, 1992. p.145

O compromisso com a justiça, que se identifica com o resguardo e a promoção da dignidade humana, representa a superação histórica da concepção formal do Estado de direito (*État de droit formel*). Esta concepção jurídico-estatal, conquanto tributária das primícias da modernidade, não exigia um tipo de conteúdo especial para as normas jurídicas, nem excluía diretamente nada como conteúdo jurídico possível[30]. Já o Estado de direito material (*État de droit matériel*)[31], concepção jurídico-estatal prevalecente desde a segunda metade do século XX, assenta-se na convicção de que Estado de direito é sinônimo de Estado de direitos fundamentais[32]. É apenas neste segundo sentido, denominado de material, que o Estado de direito pode ser considerado uma condição necessária para a efetividade dos direitos fundamentais.

Não é de hoje que se tem afirmado que o Estado de direito se encontra em crise e, por tal razão, não mais é capaz de cumprir os compromissos que a modernidade lhe conferiu[33]. Em termos políticos, a aventada crise não tem sentido, pois o Estado de direito mantém sua atualidade como projeto de sociedade voltado à emancipação humana. Em termos jurídicos, é possível falar em crise a partir da constatação da concorrência de variadas fontes de normatividade com o direito criado pelo Estado nacional e na exata medida em que tais fontes contrariam o projeto de sociedade voltado à emancipação humana. No entanto, se o Estado não mais é a única fonte de normatividade, ele ainda é sua principal fonte. Nesse sentido, a admissão da crise não resulta no mero redimensionamento do direito do Estado em razão da diversidade de fontes concorrentes de normatividade, mas, antes ainda, favorece o aprofundamento das possibilidades do Estado de direito como condição necessária para a efetividade dos direitos fundamentais.

No que concerne à segunda condição necessária para a efetividade dos direitos fundamentais, que requer que eles estejam positivados na Constituição do respectivo Estado ou que sejam, ao menos, constitucionalizáveis, deve-se ter claro que a Constituição não é somente um texto jurídico; a Constituição é a expressão de um contexto dinâmico, espelhando o legado cultural de uma sociedade e fundamentando suas esperanças[34]. Também não se deve perder de vista que "os direitos fundamentais são precisamente direitos contra a maioria" (*diritti contro la maggioranza*), inscritos na Constituição como limites e vínculos ao exercício dos poderes do Estado[35]. No entan-

---

[30] Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.503

[31] Cf. MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. op. cit. p.243

[32] Cf. DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y derechos humanos*. In: BETEGÓN, Jerônimo (org.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. p.27-8; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p.56.

[33] Cf. MAISANI, Pauline; WIENER, Florence. *Réflexions autour de la conception post-moderne du droit. Droit et société*, Paris, n. 27, 1994. p.445-7

[34] Cf. HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Minima Trotta, 1998. p.46

[35] FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza, 2002. p.343. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.432

to, se é verdade que, para denotarem o qualificativo de fundamentais, os direitos atribuídos aos indivíduos humanos precisam estar positivados na Constituição do respectivo Estado, posto que não necessariamente de maneira expressa[36], não é menos verdade que há direitos constitucionalmente positivados que não são direitos fundamentais, porque não são considerados essenciais ao resguardo e à promoção da dignidade humana. Disto resulta a seguinte conclusão prática: nem todos os direitos fundamentais estão expressamente positivados na Constituição do respectivo Estado, assim como nem todos os direitos expressamente constitucionalizados são direitos fundamentais.

No que tange à terceira condição necessária, que exige que os direitos fundamentais sejam realmente considerados essenciais à existência e ao conteúdo dos demais direitos da mesma ordem jurídica positiva, cumpre relembrar que tal exigência decorre da própria função dos direitos fundamentais inscritos na Constituição, qual seja: a de resguardar e de promover a dignidade humana. Segundo Karl Loewenstein, "para que uma Constituição seja viva, deve ser efetivamente vivida" pela sociedade que se organiza sob a forma de Estado de direito; "para que seja real, a Constituição deve ser observada lealmente por todos seus destinatários", integrando-se na organização das funções do Estado[37]. Como já se disse, a dignidade humana é o fundamento das liberdades em geral, da igualdade entre os homens, inclusive como prerrogativa de prestação, e do bem-estar individual[38]. Assim sendo, a essencialidade dos direitos fundamentais deve expressar-se, sobretudo, como prioridade estatal no momento de definição do destino das receitas orçamentárias. Com efeito, os escassos recursos públicos, diante da pluralidade de direitos pleiteando efetividade, devem ser destinados, precedentemente, aos direitos fundamentais[39]. Assim não agindo, o Estado inverte os valores, privilegiando interesses menores em deslealdade ao sistema axiológico que fundamenta a ordem jurídica.

Acerca da quarta condição necessária, cumpre dizer que não são as garantias jurídicas precisas que conferem a certos direitos o caráter de direitos fundamentais; ao contrário, é a fundamentalidade de certos direitos para o resguardo e a promoção da dignidade humana que exige do Estado garantias jurídicas precisas. A precisão de

---

[36] "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)" (artigo 5o, parágrafo 2o, da Constituição Federal de 1988).

[37] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. p.218

[38] Cf. HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: BENDA, Ernst et al. (org.). *Manual de derecho constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001. p.89

[39] "Todos os direitos têm custos financeiros públicos" (NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais*. Revista de direito Mackenzie, São Paulo, ano 3, n. 2, 2002. p.20-1).

tais garantias jurídicas, que nada mais significa do que o empenho institucional na promoção concreta da justiça[40], pode realizar-se tanto por meio de proteção genérica, como a previsão constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário[41], quanto de proteções específicas, como a previsão constitucional das garantias fundamentais[42].

4. Uma crítica à lei de ponderação

Os direitos fundamentais, apesar de ascenderem à consciência ética da humanidade progressivamente, apesar de não se consagrarem todos em um mesmo e único tempo, mas ao longo da história da modernidade, não devem ser considerados um ao lado do outro, de maneira incomunicável, nem um à frente do outro, de modo sucessivo e substituto. Estas duas formas de assimilar os direitos fundamentais, porque desconhecem sua unidade e interdependência, reduzem o todo a desconexos fragmentos, incapazes de realizar o revolucionário compromisso com a emancipação humana[43].

A unidade dos direitos fundamentais se expressa numa coordenação interdependente de prerrogativas ligadas à pessoa humana em si mesma considerada, de prerrogativas ligadas, direta ou indiretamente, ao exercício da liberdade humana e de prerrogativas para além do exercício da liberdade humana. Ainda que se admita como detentora de certa utilidade genealógica (*utilité généalogique*) a classificação dos direitos fundamentais em diversas dimensões ou gerações, é de todo despropositada, por força de sua relação coordenada, a classificação em diferentes graus ou níveis[44].

A unidade e a interdependência, enquanto pré-compreensão constitucional dos direitos fundamentais, não é compatível com a lei de ponderação, tal qual apresentada na obra de Robert Alexy. Muito embora tenham em comum o ponto de partida, os resultados da lei de ponderação são orientados pela gramática da exclusão, enquanto que a função prospectiva da unidade e da interdependência se orienta pela gramática da inclusão.

Como os contornos dos direitos fundamentais são definidos no caso concreto, tais direitos não podem ser considerados de início senão como direitos *prima facie.*

---

[40] Cf. VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1997. p.296-98; ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999. p.573 e seguintes

[41] "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (artigo 5o, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988).

[42] Por exemplo, "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (artigo 5o, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988).

[43] Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões sobre a pré-compreensão constitucional: a dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido*. p.44-5

[44] Cf. PRIEUR, Michel. *La Constitution et l´environnement.* Cahiers du Conseil Constitutionnel, Paris, Conseil Constitutionnel, n. 15, 2003. p.7

Daí a razão por que a incompatibilidade entre a pré-compreensão constitucional dos direitos fundamentais e a lei de ponderação não está no ponto de partida, mas no ponto de chegada. Enquanto a lei de ponderação interpreta os direitos fundamentais de acordo com uma lógica de colisão e de restrição, a unidade e a interdependência os interpretam de acordo com uma lógica de complementação e de delimitação recíprocas[45].

Cabe aqui destacar o direito de ir, vir e permanecer (direito de liberdade), apenas para exemplificar a pré-compreensão constitucional dos direitos fundamentais. Sem que se fale, ao mesmo tempo, do direito à moradia (direito que demanda prestações do Estado), o direito de ir, vir e permanecer, no caso concreto, sequer pode ser concebido como uma liberdade de agir, já que para o indivíduo humano que não possui moradia o ir e o vir são apenas uma obrigação e o permanecer se identifica somente com uma veemente proibição[46]. Em suma, quem não tem moradia, enquanto condição material indispensável para o exercício da liberdade, também não tem a prerrogativa de escolher se vai, se vem ou se permanece. Ainda no mesmo exemplo, cumpre acentuar que as prerrogativas de ir, vir e permanecer não estão correlacionadas apenas com a prerrogativa de morar, mas todas elas, se há um honesto compromisso com a emancipação humana, devem guardar reciprocidade com a prerrogativa de viver num ambiente natural ecologicamente equilibrado (direito individual de conteúdo supra-individual). No caso concreto, o direito de liberdade, o direito que demanda prestações do Estado e o direito individual de conteúdo supra-individual se complementam e se delimitam reciprocamente, definindo os contornos de cada prerrogativa considerada essencial ao resguardo e à promoção da dignidade humana.

5. Classificação analítico-fundamental

Os direitos fundamentais podem ser classificados de forma sintética ou de forma analítica. São exemplos de classificação sintética a diferenciação dos direitos fundamentais em direitos primários e direitos secundários (conforme a tipologia de Luigi Ferrajoli); a diferenciação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos de prestação; a diferenciação dos direitos fundamentais em direitos absolutos e direitos relativos; assim como a diferenciação dos direitos fundamentais em direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. A diferenciação dos direitos fundamentais em três distintas gerações ou dimensões, como alguns preferem, é exemplo de classificação analítica[47], assim como o é a diferenciação que será desenvolvida em seguida.

---

[45] Cf. LARENZ, Karl. op. cit. p.413

[46] Cf. MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. op. cit. p.270

[47] VASAK, Karel. *Face aux totalitarismes: trois générations de droits de l´homme. Les actes du IVéme colloque sur les totalitarismes*, Fribourg, Editions Universitaires, 1987. p.33-40

Cada classificação se vale de um critério específico de identidade. Algumas utilizam como critério de identidade a qualidade do titular do direito, outras recorrem ao tipo de conduta estatal exigida, outras, ainda, ao grau de exeqüibilidade jurídica e/ou de efetividade social. Na classificação ora proposta, que se denomina analítico-fundamental, o critério de identidade é o conteúdo do direito fundamental, enquanto prerrogativa capaz de assegurar a emancipação do homem.

Para diferenciar os direitos fundamentais, três são os conteúdos identificados que se conformam ao resguardo e à promoção da dignidade humana, permitindo falar-se em prerrogativas ligadas à pessoa humana em si mesma considerada, prerrogativas ligadas direta ou indiretamente ao exercício da liberdade humana, e prerrogativas para além do exercício da liberdade humana.

Correlacionadas aos três conteúdos identificados, a classificação analítico-fundamental abrange seis distintas categorias: os direitos fundamentalíssimos (conteúdo: prerrogativas ligadas à pessoa humana em si mesma considerada), os direitos fundamentais de escolha e os direitos fundamentais de participação (conteúdo: prerrogativas ligadas, diretamente, ao exercício da liberdade humana), os direitos fundamentais de proteção e os direitos fundamentais de prestação (conteúdo: prerrogativas ligadas, indiretamente, ao exercício da liberdade humana) e os direitos fundamentais de congraçamento (conteúdo: prerrogativas para além do exercício da liberdade humana).

Os direitos fundamentalíssimos, antepondo-se à compreensão dos demais direitos fundamentais, correspondem às prerrogativas inerentes à pessoa humana considerada em si mesma[48]. Não se identificando com as prerrogativas ligadas, direta ou indiretamente, ao exercício da liberdade humana, nem com as que estão para além do exercício da liberdade, os direitos fundamentalíssimos asseguram-lhes, no entanto, o substrato verdadeiramente humano para o desdobrar-se da dignidade. Por sua precedência às demais prerrogativas, as correlatas aos direitos fundamentalíssimos integram o que se convencionou denominar "núcleo intangível" (*nucleo intangibile*) dos direitos fundamentais[49]. São direitos fundamentalíssimos: a vida[50], a integridade física, a integridade psíquica, a honra, a imagem, a identidade[51].

---

[48] Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p.102; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Brasil e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Relatório da IV Conferência Nacional de Direitos Humanos, Brasília, Câmara dos Deputados, 2000. p.29

[49] Cf. ROULAND, Norbert. op. cit. p.278-80. Diferentemente do que ocorre com as demais categorias de direitos fundamentais, nem todas as prerrogativas humanas que identificam o conteúdo dos direitos fundamentalíssimos se sujeitam à funcionalidade social.

[50] No conceito jurídico de vida estão contidos não apenas os direitos à existência pré-natal e à existência pós-natal, como também os direitos à existência extra-uterina e à existência intra-uterina.

[51] No conceito jurídico de identidade está contida, além das dimensões civil e social, a dimensão genética.

Os direitos fundamentais de escolha, em um primeiro momento[52], caracterizam a liberdade humana como ausência de proibição e de obrigação[53]. Conformando a liberdade de agir (qualificação da ação humana), os direitos fundamentais de escolha expressam, nesse sentido, verdadeiros preceitos negativos de competência. Para Konrad Hesse, "tais direitos excluem da competência do Estado o âmbito que protegem e, nessa medida, vedam sua intervenção"[52]. Em análise de conteúdo, no entanto, pode-se dizer que os direitos fundamentais de escolha consagram a prerrogativa do homem de escolher seu próprio destino e o emprego de seus bens, respeitados os condicionantes existenciais. Concebido como "obra de natureza indefinida", Giovanni Pico della Mirandola afirma que o homem é a única criatura que nasce na condição de ser o que quiser[53]. Nesse sentido, a prerrogativa de escolher entre alternativas e a responsabilidade que decorre da escolha realizada são a expressão mais evidente da condição ética do homem. São direitos fundamentais de escolha: o direito de propriedade, a privacidade[56], o direito de ir, vir e permanecer, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de credo e culto. Há que se considerar, ainda, os direitos fundamentais de escolha de exercício supra-individual, de que é exemplo o direito de associação.

Os direitos fundamentais de participação compreendem a liberdade humana como autonomia, ora exercida de forma direta, ora exercida de forma indireta. Conformando a liberdade de querer (qualificação da vontade humana), tais direitos fundamentais exigem "*a participação da maior parte dos indivíduos humanos no poder político, uma participação que se realiza gradualmente até o sufrágio universal masculino e feminino*"[57]. São direitos fundamentais de participação: o direito de voto, a elegibilidade, o referendo, o plebiscito, a iniciativa popular.

Os direitos fundamentais de proteção, voltando seu olhar para os indivíduos humanos em situação de vulnerabilidade, encerram uma idéia de igualdade bastante

---

[52] Diz-se "*em um primeiro momento*" porque a todo direito fundamental correspondem deveres fundamentais simultâneos.

[53] Para Norberto Bobbio, a liberdade de agir encerra aqueles direitos em cujo exercício se encontram "*tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer*" (BOBBIO, Norberto. I*gualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. –Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p.49). Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.214 e 226

[54] HESSE, Konrad. op. cit. p.91-2. Os direitos fundamentais de defesa "*se baseiam numa clara demarcação entre Estado e não-Estado, fundamentada no contratualismo de inspiração individualista*" (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p.126).

[55] PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem.* Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998. p.51-5

[56] No conceito jurídico de privacidade estão contidos o direito à vida privada e o direito à intimidade.

[57] BOBBIO, Norberto. op. cit. p.64

conforme ao princípio da isonomia, na medida em que se valem da própria lei para igualar situações iguais e desigualar as desiguais[58]. De forma precursora, os direitos fundamentais de proteção inauguraram a reflexão sobre a dimensão horizontal dos direitos fundamentais. Durante muito tempo, a reflexão sobre os direitos fundamentais se restringiu à sua dimensão vertical, impondo apenas ao Estado deveres em relação aos indivíduos. Os direitos fundamentais de proteção, por seu turno, iniciaram a reflexão sobre a dimensão horizontal dos direitos fundamentais, reconhecendo que, além do Estado, os indivíduos possuem deveres uns em relação aos outros. São direitos fundamentais de proteção: o salário mínimo, a jornada máxima de trabalho, o descanso hebdomadário, as férias.

Os direitos fundamentais de prestação espelham uma idéia de igualdade mais à frente dos parâmetros meramente legislativos do princípio da isonomia, que é a igualdade de oportunidades. Ainda que possa se valer de parâmetros legislativos para desigualar situações desiguais, a igualdade de oportunidades exige sempre efetiva prestação de serviços públicos. Dessa forma, os direitos fundamentais de prestação visam a assegurar condições materiais indispensáveis ao exercício das liberdades de agir e de querer, assim como ao gozo dos direitos fundamentalíssimos. Nas palavras de Konrad Hesse, "os direitos fundamentais de prestação são a garantia da base em que se assenta a existência individual"[59]. São direitos fundamentais de prestação: o direito à educação, o direito à previdência social, o direito à saúde, o direito à moradia, o direito à renda mínima[60].

Os direitos fundamentais de congraçamento, também denominados direitos de fraternidade, se circunscrevem aos diretos individuais de conteúdo supra-individual[61]. Tais direitos incorporam a idéia de reconciliação do homem com seu meio[62] e visam a garantir as condições naturais e culturais imprescindíveis ao desenvolvimento das potencialidades individuais. *Mutatis mutandis*, aqui se aplica a fórmula de Jean Rivero, para quem os direitos coletivos outra coisa não são senão direitos dos indivíduos de receber das coletividades os meios necessários (*moyens nécessaires*) a seu desen-

---

[58] Para que a isonomia não se torne "*uma ficção iníqua, ou uma cilada atroz*", o Estado-legislador deve "*amparar a debilidade dos fracos e aparar a voracidade dos fortes. O regime, em tais casos, deve ser caldo e sangria. Não igualmente para ambos. Caldo aos anêmicos e sangria nos pletóricos*" (MANGABEIRA, João. op. cit. p.499).

[59] HESSE, Konrad. op. cit. p.97

[60] Dos cinco exemplos citados, o direito à renda mínima é o único não previsto expressamente na Constituição Federal de 1988.

[61] Cf. FLORY, Maurice. *Mondialisation et droit international du développement.* Revue générale de droit international public, Paris, n.3, 1997. p.624-32; HOOFT, Visser T. *Développement technologique et responsabilité envers les générations futures*. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, tome 36, 1991. p.43-6

[62] Cf. ROULAND, Norbert. op. cit. p.256

volvimento[63]. São direitos fundamentais de congraçamento: o direito ao ambiente natural, o direito ao patrimônio histórico, estético e artístico, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz.

Apresentada a classificação analítico-fundamental, é possível confrontá-la com a tipologia de Luigi Ferrajoli, apenas para demonstrar sua importância prática.

Segundo Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais podem ser primários ou secundários. Os direitos fundamentais primários, também denominados direitos substanciais (*diritti sostanziali*), são aqueles pertencentes a todos os indivíduos humanos, independentemente de sua capacidade de agir. Tais direitos encerram um fim, na medida em que consistem em expectativas substanciais de não lesão (*di non lesione*), se negativas, ou de prestação (*di prestazione*), se positivas. Os direitos fundamentais secundários, também denominados direitos formais (*diritti formali*), são aqueles que pertencem apenas aos indivíduos humanos capazes de agir. Tais direitos são, em princípio, instrumentais, na medida em que engendram novas expectativas substanciais[64].

Dito isto, é correto inserir na categoria de direitos primários todos os direitos fundamentalíssimos, a maior parte dos direitos fundamentais de escolha, todos os direitos fundamentais de prestação e de congraçamento. Por outro lado, na categoria de direitos secundários ingressam a menor parte dos direitos fundamentais de escolha, a exemplo da liberdade de contratar, e todos os direitos fundamentais de participação.

Os direitos fundamentais de proteção não se enquadram perfeitamente nem na categoria de direitos primários nem na de secundários. Apesar de o pressuposto de seu conteúdo ser a vulnerabilidade da situação individual, os direitos fundamentais de proteção, a exemplo dos direitos do trabalhador, não se qualificam como direitos de todos os indivíduos humanos, independentemente de sua capacidade de agir. No Brasil, os menores de dezesseis anos são proibidos de trabalhar, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos[65]. É bem verdade que, havendo a realização de trabalho por parte de menores de dezesseis anos, a jurisprudência não tem considerado a capacidade de agir como condição *sine qua non* para a percepção dos direitos do trabalhador. Contudo, trata-se de desconsideração pontual, apenas para efeito de evitar enriquecimento sem causa por parte do beneficiado pelo trabalho realizado.

Ora, o que demonstra a insuficiência da tipologia de Luigi Ferrajoli? Demonstra, por si só, a importância prática do desenvolvimento de classificações não sintéticas, a exemplo da acima apresentada.

---

[63] Cf. RIVERO, Jean. *Les droits de l´homme: droits individuels ou droits collectifs?* In: COHEN-JONATHAN, G. (org.). *Les droits de l´homme: droits collectifs ou droits individuels?* Paris: LGDJ, 1980. p.17 e seguintes

[64] FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p.283-5 e 287

[65] Artigo 7o, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988

6. O direito fundamental ao ambiente natural

Após a explanação da classificação analítico-fundamental, o terreno doutrinário já está nivelado para a edificação conceitual de um dos mais destacados direitos fundamentais de congraçamento: o direito ao ambiente natural. Segundo Michel Prieur, "não se pode dissociar o homem de seu ambiente de vida e dos elementos sócio-culturais e biológicos que o compõem"[66], pois o desenvolvimento da vida humana ocorre ambientalmente. Assim sendo, a fundamentalidade do direito ao ambiente natural expressa-se na garantia de sua qualidade como condição imprescindível ao desenvolvimento das potencialidades individuais[67]. Em sendo um direito *prima facie*, como todo direito fundamental, o ambiente natural atinge seus contornos definitivos na relação de reciprocidade com as demais categorias de direitos fundamentais. Nesta relação de reciprocidade, ao mesmo tempo em que o direito fundamental ao ambiente natural assume sua dimensão sócio-cultural, os demais direitos fundamentais assumem sua condicionalidade ambiental (*conditionnalité environnementale*)[68]. É importante ressaltar que o direito ao ambiente natural integra a declaração brasileira de direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 assegura o "d*ireito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*"[69]. Semelhante inscrição se encontra na *Charte de l´Environnement de 2003*[70], que, juntamente com a *Déclaration de Droits de l´Homme et du Citoyen de 1789* e o *Préambule de la Constitution de 1946*, compõem a declaração francesa de direitos fundamentais[71]. Em seu artigo 1º, a *Charte de 2003* proclama que "*todos têm o direito de viver em um ambiente equilibrado e favorável à saúde*"[72].

6.1. O princípio da precaução

Dentre os vários aspectos que envolvem o direito fundamental ao ambiente natural, vale a pena discorrer, ainda que ligeiramente, sobre o princípio da precaução,

---

66 PRIEUR, Michel. op. cit. p.1

67 Cf. VERGOTTINI, Giuseppe de. op. cit. p.370-1

68 PRIEUR, Michel. op. cit. p.2. Cf. CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política (...) e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2004. p.36-7

69 Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988

70 Carta do Meio Ambiente de 2003.

71 Os três documentos estão referenciados no preâmbulo da Constituição francesa de 1958. Cf. PRIEUR, Michel. op. cit. p.2

72 Cf. MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. op. cit. p.306-7; ROMI, Raphaël. *La Charte de l´Environnement, avatar constitutionnel?* Revue du droit public & de la science politique en France et à l´étranger, Paris, LGDJ, n. 6, 2004. p.1486; AUBY, Jean-Marie; AUBY, Jean-Bernard. *Droit public*. Tome 1. Paris: Dalloz, 1993. p.149-51

expressamente previsto no artigo 5º, da *Charte de 2003*[73]. Com vistas à proteção da qualidade ambiental, o princípio da precaução, no Brasil, encontra expressa previsão no artigo 1º, da Lei Federal 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), que versa sobre atividades relacionadas com Organismos Geneticamente Modificados – OGMs - e seus derivados. Na parte final de seu *caput*, determina-se, sinteticamente, a "observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente"[74]. A Declaração do Rio de Janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento, de 1992, mais analítica do que a legislação brasileira sobre biossegurança, adverte que, "*quando houver ameaça de danos graves e irreversíveis, a ausência de certeza científica não será utilizada como razão para o adiamento de medidas econômicas viáveis para prevenir a degradação ambiental*"[75].

Para evidenciar a importância do princípio da precaução na conformação do direito fundamental ao ambiente natural, deve-se definir a biossegurança como o conjunto de políticas e de ações públicas e privadas voltado para a prevenção de danos graves e irreversíveis à saúde humana, à hereditariedade e ao meio ambiente mediante a disciplina jurídica dos riscos decorrentes do emprego e/ou desenvolvimento de modernas tecnologias. A tecnologia da recombinação do DNA, objeto quase exclusivo da legislação brasileira sobre biossegurança[76], é um conjunto de técnicas de engenharia genética cujo processo principal se denomina clonagem gênica. A clonagem gênica consiste no isolamento e na propagação de moléculas de DNA idênticas, compreendendo, pelo menos, dois estágios: no primeiro, o fragmento do DNA de interesse, chamado de inserto, é ligado a uma outra molécula de DNA, o vetor, para formar a molécula de DNA recombinante; no segundo, a molécula de DNA recombinante é introduzida numa célula hospedeira compatível, num processo chamado de transformação. A célula hospedeira, que adquiriu a molécula de DNA recombinante, conhecida então como "transformante" ou célula transformada, em condições ideais, sofre

---

[73] Cf. MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. op. cit. p.309

[74] A mesma redação se encontra no artigo 1o, do Decreto Federal 5.591, de 22 de novembro de 2005.

[75] *Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l´environnement e le développement*. Cf. SADELEER, Nicolas de. *Quelles balises por le juge?* Les juges et la protection de l´environnement, Bruxelles, CEDRE, 1998. p.230; SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. p.45

[76] No Brasil, o conceito de biossegurança engloba, basicamente, a disciplina jurídica dos riscos decorrentes do emprego e/ou do desenvolvimento da tecnologia do DNA recombinante. Não ingressam, portanto, no conceito brasileiro de biossegurança a disciplina jurídica da tecnologia da fissão nuclear, a disciplina jurídica da tecnologia da inteligência artificial e a disciplina jurídica da nanotecnologia, dentre outras. Da mesma forma, está excluída de seu âmbito a disciplina jurídica das tecnologias de reprodução humana, à exceção da pesquisa e das geneterapias envolvendo a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos. A respeito, consultar o artigo 5o, da Lei Federal n.o 11.105, de 24 de março de 2005, de questionável constitucionalidade.

muitos ciclos de divisão celular, produzindo uma colônia que contém milhares de cópias do DNA recombinante[77].

Como a legislação brasileira sobre biossegurança relaciona a engenharia genética a toda atividade de produção e manipulação de moléculas de DNA recombinante[78], os OGMs podem ser definidos como organismos cujo material genético tenha sido manipulado pelas técnicas de engenharia genética[79]. Segundo Rafaela Di Sabato Guerrante, "*todo organismo transgênico é um OGM, mas nem todo OGM é um organismo transgênico. Isto ocorre porque se considera transgênico o organismo cujo genoma modificado por meio da tecnologia do DNA recombinante sofreu a introdução de fragmentos exógenos de DNA, ou seja, genes provenientes de organismos de espécie diferente da espécie do organismo alvo*"[80]. OGMs transgênicos são, assim, organismos modificados mediante a adição em seu genoma de genes provenientes de outros organismos, sem qualquer consideração às barreiras naturais que separam as espécies[81].

Os OGMs podem ser classificados em três gerações. Os OGMs de primeira geração estão situados no reino monera (bactérias geneticamente modificadas) e são os organismos decorrentes do desenvolvimento de culturas microbianas capazes de produzir substâncias úteis, como a insulina humana, o hormônio de crescimento, as vacinas e as enzimas de uso industrial. Os OGMs de segunda geração estão situados no reino vegetal. É importante ressaltar, mais uma vez, que nem toda planta geneticamente modificada é um organismo transgênico, a exemplo do tomate *Flavr Savr*[82]. Os OGMs de segunda geração podem ser classificados em três diferentes classes: a primeira reúne as plantas com características agronômicas de resistência a herbicidas, pestes e vírus[83]; a segunda reúne as plantas cujas características nutricionais foram aprimoradas qualitativa e/ou quantitativamente; e a terceira reúne as plantas destinadas à síntese de produtos especiais, como vacinas, hormônios, anticorpos e plásticos[84]. Os OGMs de terceira geração estão situados nos reinos animal e monera.

---

[77] Cf. USP. *Introdução sobre DNA* - Apostila do curso de Genética Molecular e Tecnologia do DNA Recombinante. *Genética Molecular e Tecnologia do DNA Recombinante*. Disponível em: <http://kathryn.fmrp.usp.br/td/apost1.html#20>. Acesso em: 13 out. 2000; SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: o novo direito da vida*. In: WOLKMER, Antonio Carlos et al. (org.). *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.298.

[78] Artigo 3o, inciso IV

[79] Artigo 3o, inciso V

[80] GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. *Transgênicos. Uma visão estratégica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003. p.4

[81] As técnicas tradicionais de cruzamento não são capazes de engendrar um organismo transgênico. Cf. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos.* p.64

[82] Trata-se de uma planta geneticamente modificada que apresenta processo de maturação mais lento graças à inversão de uma seqüência gênica.

[83] Pertence a esta primeira classe a maioria das sementes geneticamente modificadas atualmente comercializadas no mundo.

[84] Cf. GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. op. cit. p.11

Dentre suas aplicações, vislumbram-se a modificação genética de animais para a produção de alimentos, de substâncias de interesse farmacêutico e, até mesmo, para transplantes humanos e a geração de bactérias geneticamente modificadas para converter materiais tóxicos em substâncias menos nocivas[85].

A médio e longo prazos, não são conhecidos os efeitos indesejáveis dos OGMs, incluídos os organismos transgênicos, no meio ambiente; tampouco são conhecidos seus efeitos na saúde humana e na hereditariedade[86]. Do ponto de vista do meio ambiente, dentre os riscos relacionados às plantas geneticamente modificadas, Rubens Onofre Nodari e Miguel Pedro Guerra destacam a eliminação de espécies não-alvo, a exposição de espécies a novos agentes tóxicos, a geração de plantas daninhas e pragas resistentes, a contaminação de solo e água e a interrupção da reciclagem de nutrientes e energia. Um exemplo de efeito indesejável dos OGMs no meio ambiente é o estudo sobre a alta da taxa de mortalidade das lagartas da borboleta monarca quando alimentadas com o pólen de uma variedade de milho transgênico resistente aos insetos, o milho Bt, em cujo genoma foi introduzido um gene procedente da bactéria *Bacillus Thuringiensis*[87]. Especificamente sobre as plantas Bt, Corinne Vacher aponta os três principais riscos associados: a evolução da resistência às toxinas Bt na população de insetos fitófagos (*insectes phytophages*), a propagação dos transgenes Bt na população de plantas silvestres (*plantes sauvages*) e a mortalidade de organismos não-alvo (*organismes non-cibles*)[88].

Variados são os riscos envolvidos no emprego e/ou desenvolvimento da tecnologia da recombinação do DNA. Para enfrentá-los, dois são os princípios que devem nortear as políticas e as ações na área de biossegurança: o princípio da prevenção (*principe de prévention*) e o princípio da precaução (*principe de précaution*)[89]. Na verdade, trata-se de um princípio apenas, o princípio da não-maleficência (não causar o mal), sujeito a dois graus de exigência. Diante da certeza do risco, isto é, diante de riscos demonstrados (*risques avérés*)[90], o princípio da prevenção preconiza

---

[85] Cf. GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. op. cit. p.24-6

[86] Cf. LAPA, Fernanda Brandão. *Ética e direitos humanos: um estudo introdutório sobre plantas transgênicas*. In: SILVA, Reinaldo Pereira e et al. (org.). *Bioética e direitos humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002. p.191-221

[87] Cf. NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. *Avaliação dos riscos ambientais de plantas transgênicas*. Cadernos de ciência e tecnologia, Brasília, v. 18, n. 1, 2001. p.61 e seguintes

[88] VACHER, Corinne. *Evaluation des risques ecologiques associés aux plantes génétiquement modifiées*. Université Montpellier II, 2004. (*Thèse pour obtenir le grade de docteur*). p.79

[89] Diz-se, também, princípio da prudência. Aliás, a Lei Federal n.o 8.974, de 05 de janeiro de 1995, não falava do princípio da precaução, mas falava do princípio da prudência em dois momentos. Por primeiro, quando excepcionava da vedação geral a intervenção *in vivo* -em material genético de animais (artigo 8o, inciso V); e, num segundo momento, quando -excepcionava o mesmo tema do tipo penal correspondente (artigo 13, inciso IV).

[90] Diz-se que existem riscos demonstrados tão logo estabelecidas relações entre uma causa e um efeito. Cf. PERRET, Horace et al. *Approches du risque: une introduction*. Les cahiers du Réseau Interdisciplinaire Biosécurité, Genève, IUED, n. 2, 2005. p.9 e 41

que medidas sejam adotadas para evitar o dano[91]. Na área de biossegurança, quando os riscos não dependem do querer humano, ou seja, quando não é possível evitar o dano, o princípio da prevenção preconiza a adoção de medidas de proteção, visando à redução das conseqüências danosas[92]. Tanto num quanto n´outro caso, o modelo de decisão é fundado na segurança. Considerando as hipóteses em que impera a incerteza e as informações existentes não são conclusivas, isto é: em face de riscos hipotéticos (*risques hypothétiques*)[93], o princípio da precaução preconiza a adoção de medidas tendentes a não gerar o dano[94]. É importante ressaltar que o princípio da precaução somente se aplica aos casos em que o risco depende do querer humano. Como medida de prudência redobrada, o princípio da precaução orienta à não execução de uma ação se ela apresenta um risco incerto de dano grave e irreversível, impondo àqueles que desejam empreendê-la o ônus de provar-lhe o caráter não danoso[95]. Nas palavras de Hans Jonas, "ante o potencial quase escatológico dos atuais processos tecnológicos, a ignorância das conseqüências últimas é razão suficiente para uma moderação responsável"[96]. Diferentemente do modelo de decisão fundado na segurança, o princípio da precaução se vale do modelo de decisão fundado na gestão de riscos.

Muito embora os modelos de gestão de riscos ainda privilegiem a participação exclusiva de "especialistas" (*experts*) nas instâncias de avaliação e deliberação, não há dúvida de que a adequada compreensão do princípio da precaução também exige, nessas mesmas instâncias, a participação de "não-especialistas", isto é, a participação plural da sociedade[97]. E o exige, dentre outras razões, porque, em contextos de

---

[91] Cf. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil*. In: WOLKMER, Antonio Carlos et al. (org.). *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.228-9

[92] Cf. VACHER, Corinne. op. cit. p.6

[93] Diz-se que existem riscos hipotéticos quando não pode ser bem estabelecida a relação entre uma causa e um dano (*dommage*). Cf. PERRET, Horace et al. op. cit. p.9 e 41

[94] Cf. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L´éthique de la responsabilité*. Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, n. 1, janvier/mars 1998. p.10

[95] Cf. MALAFOSSE, Jean Apud DE MATTEI, Roberto. *Indirizzo di saluto. Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004. p.19; LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. op. cit. p.10; WOLFRUM, Rüdiger. *O princípio da precaução*. In: VARELLA, Marcelo Dias et al. (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.16 e 18; LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. op. cit. p.234

[96] JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Tradução de Andrés Sánchez Pascual. Barcelona: Editorial Herder, 1995. p.56. "Se antes se examinava a aplicação da técnica no âmbito não humano, hoje, o próprio homem se vê incluído entre os objetos da técnica" (JONAS, Hans. op. cit. p.49).

[97] No Brasil, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio – é composta por 18 (dezoito) especialistas e 9 (nove) representantes do Estado. A participação da sociedade, sempre excepcional e sem direito de voto, apenas ocorre em audiências públicas. Cf. artigos 6o e 43, do Decreto Federal n.o 5.591, de 22 de novembro de 2005.

incerteza científica, os "especialistas" estão em um estado próximo da ignorância (*état proche de l´ignorance*)[98]. Não existe, nesta constatação contextualizada, nenhuma conotação depreciativa. Trata-se, apenas, da consciência de uma condição igualitária entre "especialistas" e "não-especialistas", condição incapaz de justificar a exclusão da sociedade, em sua expressão plural, das instâncias de avaliação e deliberação.

7. Conclusões

Três são as possíveis conclusões deste artigo. 1. Embora tenha por conteúdo a biodiversidade (genética, de espécies e de ecossistemas), o direito fundamental ao ambiente natural somente assume contornos definitivos no caso concreto. Com efeito, em sendo um direito *prima facie*, como todo direito fundamental, o ambiente natural se complementa e se delimita na relação de reciprocidade com as demais categorias de direitos fundamentais, compreendendo, além da dimensão biológica, também uma dimensão sócio-cultural. 2. O reconhecimento da fundamentalidade do ambiente natural para o resguardo e a promoção da dignidade decorre da própria condição humana de não poder desenvolver-se nas nuvens. O desenvolvimento humano ocorre ambientalmente. 3. Não obstante seja composto de indivisibilidades, identificando-se como direito de todos, o ambiente natural é prerrogativa humana individual, já que cada indivíduo humano depende de sua qualidade como garantia para o desenvolvimento das próprias potencialidades.

8. Bibliografia

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Tradução de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. *IV Jornadas internacionales de lógica e informática jurídicas*. San Sebastián, septiembre 1988.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDORNO, Roberto. *La Convention d'Oviedo: vers un droit commun européen de la bioéthique*. In: AZOUX-BACRIE, Laurence (org.). *Bioéthique, bioéthiques*. Bruxelles: Bruylant, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

AUBY, Jean-Marie; AUBY, Jean-Bernard. *Droit public*. Tome 1. Paris: Dalloz, 1993.

---

[98] Cf. PERRET, Horace et al. op. cit. p.8 e seguintes e 32

BAUDRILLARD, Jean. *A transparência do mal*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Campinas: Papirus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito.* Lisboa: Gradiva, 1999.

CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política (...) e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2004.

DE MATTEI, Roberto. Indirizzo di saluto. *Il principio di precauzione. I costi della non-scienza*, Milano, Associazione Galileo 2001, 2004.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y derechos humanos*. In: BETEGÓN, Jerônimo (org.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: *Centro de Estudios Políticos y Constitucionale*s, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma: Editori Laterza, 2002.

FLORY, Maurice. *Mondialisation et droit international du développement*. Revue générale de droit international public, Paris, n.3, 1997.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRANTE, Rafaela Di Sabato. *Transgênicos. Uma visão estratégica*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HARTMANN, Nicolai. *Ontología*. v. I. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económic*a*, 1986.

HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: BENDA, Ernst et al. (org.). *Manual de derecho constitucional*. Tradução de Antonio López Pina. Barcelona: Marcial Pons, 2001.

HOOFT, Visser T. *Développement technologique et responsabilité envers les générations futures*. Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, tome 36, 1991.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Tradução de Andrés Sánchez Pascual. Barcelona: Editorial Herder, 1995.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos.* São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Paris: Presses Universitaires de France, 1960.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. *L´éthique de la responsabilité*. Revue trimestrielle de droit civil, Paris, Dalloz, n. 1, janvier/mars 1998.

LAPA, Fernanda Brandão. *Ética e direitos humanos: um estudo introdutório sobre plantas transgênicas*. In: SILVA, Reinaldo Pereira e et al. (org.). *Bioética e direitos humanos*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Novas tendências e possibilidades do direito ambiental no Brasil*. In: WOLKMER, Antonio Carlos et al. (org.). *Os novos direitos no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MAISANI, Pauline; WIENER, Florence. *Réflexions autour de la conception postmoderne du droit. Droit et société*, Paris, n. 27, 1994.

MANGABEIRA, João. *Idéias políticas*. v. I. Brasília: Senado Federal, 1987.

MARCOUX, Laurent. *Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté Économique Européenne.* Revue internationale de droit comparé, Paris, n.4, oct./déc. 1983.

MARSHALL, T. H.. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINI, Carlo Maria; ZAGREBELSKY, Gustavo. *La domanda di giustizia.* Torino: Giulio Einaudi, 2003.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais*. Revista de direito Mackenzie, São Paulo, ano 3, n. 2, 2002.

NODARI, Rubens Onofre; GUERRA, Miguel Pedro. *Avaliação dos riscos ambientais de plantas transgênicas.* Cadernos de ciência e tecnologia, Brasília, v. 18, n. 1, 2001.

PERRET, Horace et al. *Approches du risque: une introduction.* Les cahiers du Réseau Interdisciplinaire Biosécurité, Genève, IUED, n. 2, 2005.

PICO DELLA MIRANDOLLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 1998.

PRIEUR, Michel. *La Constitution et l´environnement.* Cahiers du Conseil Constitutionnel, Paris, Conseil Constitutionnel, n. 15, 2003.

RIVERO, Jean. *Les droits de l´homme: droits individuels ou droits collectifs?* In: COHEN-JONATHAN, G. (org.). *Les droits de l´homme: droits collectifs ou droits individuels?* Paris: LGDJ, 1980.

ROMI, Raphaël. La Charte de l´Environnement, avatar constitutionnel? Revue du droit public & de la science politique en France et à l´étranger, Paris, LGDJ, n. 6, 2004.

SABETE, Wagdi. *La méthodologie de la science constitutionnele de la liberté*. Rivista internazionale di filosofia del diritto, Milano, Giuffrè Editore, IV serie, n. 2, LXXIV, aprile/giugno 1997.

SADELEER, Nicolas de. *Quelles balises por le juge? Les juges et la protection de l´environnement*, Bruxelles, CEDRE, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: o novo direito da vida*. In: WOLKMER, Antonio Carlos et al. (org.). *Os novos direitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões sobre a pré-compreensão constitucional: a dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido*. Seqüência. Revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC, Florianópolis, Fundação Boiteux, n. 50, ano XXV, julho de 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. B*rasil e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Relatório da IV Conferência Nacional de Direitos Humanos, Brasília, Câmara dos Deputados, 2000.

USP. *Introdução sobre DNA* - Apostila do curso de Genética Molecular e Tecnologia do DNA Recombinante. *Genética Molecular e Tecnologia do DNA Recombinante*. Disponível em: <http://kathryn.fmrp.usp.br/td/apost1.html#20>. Acesso em: 13 out. 2000

VACHER, Corinne. *Evaluation des risques ecologiques associés aux plantes génétiquement modifiées*. Université Montpellier II, 2004. (*Thèse pour obtenir le grade de docteur*).

VASAK, Karel. *A realidade jurídica dos direitos do homem*. In: VASAK, Karel (org.). As dimensões internacionais dos direitos do homem. Tradução de Carlos Alberto de Brito. Lisboa: LTC, 1983.

VASAK, Karel. *Face aux totalitarismes: trois générations de droits de l´homme. Les actes du IVéme colloque sur les totalitarismes*, Fribourg, Editions Universitaires, 1987.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1997.

WOLFRUM, Rüdiger. *O princípio da precaução*. In: VARELLA, Marcelo Dias et al. (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

Túlio Vianna (Brasil) *

El derecho a no ser registrado

"Recuerdo que en mi infancia, cuando querían fotografiar a alguien, siempre pedían permiso. Incluso a mí, los adultos me preguntaban: di, niña, ¿podemos tomar tu retrato? Después, un día nadie preguntó más nada. El derecho de la cámara fue puesto encima de todos los derechos, y desde ese día todo cambió, rigurosamente todo" (Milan Kundera).[1]

1. Concepto

El registro es una técnica de ampliación de la memoria humana por medio de la recolección y el almacenamiento de información en bancos de datos. Cualquier tipo de información perceptible por los sentidos humanos puede ser registrada, pero las más comunes son los textos, imágenes, sonidos y videos.

El registro es corolario del monitoreo. Se monitoriza para registrar. Los sentidos son volátiles y, sin memoria, su utilización se restringiría al uso presente. El registro eterniza el momento monitorizado, permitiendo que los sentidos humanos puedan tener acceso a él en el futuro.

Los registros son públicos cuando han sido instituidos por ley y tienen por objeto toda información que el Estado considera de interés público, sea de orden civil (nacimientos, casamientos, decesos, etcétera), comercial (estatuto de las sociedades, nombre comercial, etcétera), patrimonial (inmóviles, derechos de autor, testamentos, etcétera), contable (para fines de tributación, etcétera), criminal (antecedentes, etcétera) o de cualquier otra especie.

---

* Profesor de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (UFPR) y máster en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Editor del sitio ‹www.tuliovianna.org›.

[1] Milan Kundera: *A imortalidade*, p. 36. Todas las traducciones del portugués fueron hechas por el autor.

Los registros son privados cuando han sido instituidos por iniciativa de una persona física o jurídica de derecho privado. Serán patrimoniales o personales, de acuerdo con la naturaleza de las informaciones registradas.

Los registros personales, aunque hayan sido instituidos y dirigidos por una persona jurídica, pueden contener informaciones que la persona desea mantener como reservada. Es el caso de los registros médicos de hospitales y empresas de plan de salud (consultas, exámenes, internaciones, etcétera), bancarios (saldo, servicio de protección al crédito, etcétera), académicos de escuelas y universidades (notas, frecuencia, accesos a la biblioteca, etcétera), entre otros. Muchas empresas mantienen también detallados registros de los hábitos de consumo de sus clientes, sus historiales de compras.

2. Antecedentes

Los registros ya eran utilizados como instrumento de control social en la antigüedad. Desde el tiempo de los asirios, si no antes, los gobiernos estuvieron interesados en recolectar y almacenar información sobre los pueblos que controlaban.[2]

> Las primeras tentativas de enumeración de individuos o de bienes comienzan con los grandes imperios de la antigüedad, cuyas estructuras administrativas eran fuertes: preocupados en administrar su imperio del mejor modo, los poderes centrales buscaron conocer mejor su extensión territorial y el número de sus súbditos. De ese modo, las civilizaciones egipcia, mesopotámica y china, como antes de ellas la civilización de los sumerios (5000 a 2000 a. C.), realizaban pesquisas censitarias de las cuales algunos trazos llegaron hasta nosotros. El objetivo de esos empadronamientos era, en primer término, responder a la necesidad de la administración del imperio: responder a las necesidades de mano de obra con vistas a la construcción de las grandes pirámides, responder a las preocupaciones fiscales, establecer las listas para la conscripción militar; mejorar la repartición de los habitantes sobre todo el territorio en orden a una mejor utilización de las tierras.[3]

En la Edad Media, después de la conquista normanda de 1066, el nuevo rey de Inglaterra determinó un gran relevamiento de tierras que, sin embargo, fue raramente consultado en los dos siglos que siguieron a su compilación.[4]

> El Domesday Book fue un gran relevamiento de tierras de 1086, realizado por Guillermo el Conquistador para evaluar la extensión de la tierra y de los recursos en posesión de Inglaterra en aquel tiempo, así como la extensión de los impuestos que él podría percibir. La información recogida era manuscrita en dos libros enormes, en el espacio aproximado de un año.[5]

---

[2] Peter Burke: *Uma história social do conhecimento,* p. 110.

[3] Oliver Martin: *Da estatística política à sociologia estatística: desenvolvimento e transformações da análise estatística da sociedade* (séculos XVII-XIX), pp. 14-15.

[4] Burke: o. cit., p. 111.

[5] "The Domesday Book is a great land survey from 1086, commissioned by William the Conqueror to assess the extent of the land and resources being owned in England at the time, and the

El registro como instrumento de gobierno no fue una exclusividad de Occidente. También en Oriente era hábito de muchos gobiernos llevar registros de la población. El Imperio Chino realizó censos en 1380 y en la década de 1390. El Imperio Otomano promovía censos de tierras a intervalos regulares para fines de cobranza de impuestos. En la India mughal había un interés oficial por datos estadísticos, amén de un elaborado sistema de inteligencia para fines de vigilancia.[6]

En la Edad Media, la Iglesia Católica impulsó el uso de los registros como instrumento de control social.

> Es posible argumentar que la primera burocracia europea no fue secular sino eclesiástica. En el siglo XIII, el papa Inocencio III ya buscaba informaciones en los registros oficiales. En la Edad Media, según un historiador reciente de los registros escritos, las cancillerías reales eran más lentas que el papado en el desarrollo de técnicas escriturales para la administración. No sorprende. A fin de cuentas, la Iglesia Católica era una institución construida a escala más grandiosa que cualquier monarquía europea, con el clero prácticamente en posesión del monopolio de la alfabetización. […] Después del Concilio de Trento, que concluyó sus deliberaciones en 1563, se determinó que los párrocos de la Iglesia Católica llevasen registros de los nacimientos, casamientos y muertes. Se esperaba que los obispos visitasen sus diócesis regularmente para comprobar su estado espiritual. Esas visitas episcopales, que antes eran esporádicas, pasaron a ser regulares después del Concilio, y generaron una masa de registros relativos al estado físico de las iglesias, el nivel educativo de los párrocos, el número de hermandades y moralidad del laicado.[7]

La Inquisición mantenía registros detallados de los interrogatorios de los sospechosos de herejía, con datos como edad, lugar de nacimiento, ocupación y creencias.[8] Los tribunales seculares también llevaban archivos de sus procedimientos inquisitoriales, en los cuales constaba incluso la descripción de las sesiones de tortura.[9]

---

extent of the taxes he could raise. The information collected was recorded by hand in two huge books, in the space of around a year. William died before it was fully completed" (*The Domesday Book Online*, FAQ).

[6] Burke: o. cit., p. 112.

[7] Ibídem, p. 113.

[8] Los registros de la inquisición en Brasil entre 1721 y 1802, del Archivo Eclesiástico de la Arquidiócesis de Mariana (AEAM en Minas Gerais son una muestra de que: "La declaración propiamente dicho era antecedido por la identificación del inquirido y el registro de algunos de sus datos (nombre, local de morada, ocupación, edad, situación civil y naturalidad) en el libro. En el transcurso de la declaración, el notario registraba con objetividad variada las denuncias dirigidas contra personas o grupos responsables de determinado crimen sugerido por el interrogatorio. Había una ordenación estandarizada en la anotación de los crímenes: se iniciaban por el nombre del acusado o alguna otra referencia (un esclavo de Fulano, un negro mina, hija de Mengano, etcétera), su condición y otros datos quizá existentes, seguidos de la descripción del crimen. Esa estructuración del discurso facilitaba no sólo la identificación personal de los denunciados, sino también la comparación con denuncias hechas por otras testigos sobre el mismo caso, en la fase de juicio" (Luciano Raposo de Figueiredo, A. Sousa y Ricardo Martins: *Segredos de Mariana: pesquisando a Inquisição mineira*, p. 4).

[9] Una muestra de estos registros de torturas fue el procedimiento criminal realizado en Milán en 1630, conocido como *proceso de los untadores*, pues los reos eran acusados de untar las paredes de

> La peste que asoló Italia como impacto particular en 1575 y 1630, y Londres en 1665, por ejemplo, fue uno de los estímulos para esa recolección. Había otras razones para el interés creciente por la demografía. A mediados del siglo XVII, en la República Holandesa, el abogado y estadista Ene de Witt ya utilizaba números relativos a la mortalidad para establecer un sistema de anualidades administrado por el gobierno. En Suecia, donde el gobierno tenía interés en estimular el crecimiento de la población con base en el principio de que "el número de personas es la mayor riqueza de un país", se determinó en 1736 que el clero suministrase anualmente el número de nacimientos y muertes en sus parroquias, y en 1748 se realizó un censo nacional. Una propuesta de censo fue presentada al Parlamento Británico en 1753; su rechazo es revelador de las tendencias de opinión en la época, al igual que rechazo de la propuesta de 1758 sobre el registro compulsivo de nacimientos, casamientos y muertes. Desde fines del siglo XVIII, el censo nacional se volvió un evento regular en los países occidentales. En 1769 se realizó un censo de Dinamarca y de Noruega, así como también un censo de España, seguidos por los recién independientes Estados Unidos (1790), el Reino Unido (1801) y Francia (1806).[10]

La historia de los censos a menudo está marcada por objeciones del pueblo, que veía en el conteo y el registro de la población un poderoso instrumento que los gobernantes usarían para la cobranza de impuestos y el alistamiento militar.

> Hubo oposición manifiesta al censo en Parma, en 1550, en Nápoles, en la década de 1590, y en Francia, en 1663, cuando se afirmaba que "contar familias y ganadería es esclavizar al pueblo" (*faire le dénombrement de familles et du bétail, c'est mettre le peuple dans une grande servitude*). Tales objeciones aún pudieron ser oídas en Inglaterra en el siglo XVIII. No sorprende, pues, que una de las primeras acciones de los primeros rebeldes haya sido incendiar los registros oficiales.[11]

Las informaciones registradas en papel, sin embargo, tenían el inconveniente de que era difícil procesarlas. Para que un registro tuviese alguna utilidad, era preciso que fuese fácilmente localizable y, por tanto, era necesaria una rigurosa ordenación por alguno de los campos, ya fuera nombre, fecha de nacimiento o cualquier otra característica.

En registros muy grandes, la ordenación por un único campo podía hacer impracticable la consulta por cualquier otro campo. Basta pensar en lo que sería buscar el registro de alguien que haya nacido el 28 de febrero de 1928 en un conjunto de más de mil registros en tarjetas de cartón ordenadas alfabéticamente por nombre, para percibir que se trata de una tarea lenta y trabajosa.

---

la ciudad con un aceite ponzoñoso que habría diseminado la peste que mató a gran parte de la población local. Cf. Pietro Verri: *Observações sobre a tortura*.

[10] Burke: o. cit., p. 125.

[11] Ibídem, p. 127.

2.1. El procesamiento automático de la información

La historia de los registros como instrumento de control social empezaría a cambiar con la invención de las primeras máquinas capaces de procesar información automáticamente.

> [Hasta el final del siglo XIX] el empadronamiento decenal era poco más que un mero conteo de cabezas, sin ninguna información sobre las características de la población, tales como ocupación, educación y otros rasgos, pues el desafío computacional de contar y efectuar la tabulación cruzada de millones de americanos se veía sencillamente como un prodigio. Tal como se hacía en la época, el proceso de conteo manual demoraba varios años antes de llegar a los resultados finales.[12]

El joven ingeniero Herman Hollerith, que trabajaba en el EUA Census Bureau, desarrolló entonces una máquina con el objetivo de automatizar estas tareas rutinarias.

> La idea de Hollerith era una tarjeta con orificios estandarizados, cada uno de los cuales significaba un trazo diferente: sexo, nacionalidad, ocupación y así sucesivamente. Las tarjetas serían introducidas en una "lectora". Por medio de mecanismos de resorte fácilmente ajustables y mediante la rápida barredura eléctrica de la superficie perforada para la identificación de los orificios, sería posible "leer" las tarjetas a medida que pasasen por un alimentador mecánico. Enseguida, las tarjetas procesadas serían clasificadas en pilas, con base en una serie especificada de orificios. Millones de tarjetas podían ser clasificadas y reclasificadas. Cualquier trazo anhelado —genérico o específico— podía ser separado por medio de la simple clasificación y reclasificación de los orificios referentes a tales datos. La máquina sería capaz de producir el retrato de toda una población —o de seleccionar cualquier grupo dentro de cierta población—. En verdad, sería posible identificar una única persona entre millones, suponiendo que hubiese condiciones de perforar cantidad suficiente de orificios en la tarjeta y efectuar cuantas clasificaciones fuesen necesarias. Cada tarjeta perforada se convertía en depósito de informaciones, limitado apenas por el número de orificios. Era nada menos que el código de barras del siglo XIX para seres humanos. En 1884 se desarrolló un prototipo de la máquina. Después de conseguir unos pocos millares de dólares con un amigo alemán, Hollerith patentó y construyó el prototipo.[13]

La máquina de Hollerith fue una revolución, pues permitía el procesamiento de los datos con impresionante velocidad y precisión para los estándares de la época. En 1890 fue utilizada con enorme éxito en el censo estadounidense.

> Mientras el empadronamiento de 1870 [de Estados Unidos] abarcaba apenas cinco características, con lo que redundaba en poco más que un mero conteo de personas, el nuevo censo [de 1890] incluía muchas más preguntas personales. De hecho, ahora, el ejército de censistas tenía condiciones para formular 235 preguntas, tales como idiomas hablados en el domicilio, número de hijos que residían con la familia y en otros lugares, nivel de escolaridad de cada miembro de la familia, país

---

[12] Edwin Black: *IBM e o Holocausto,* p. 21. Cf. también Christian Parenti: *The soft cage,* pp. 80-81.

[13] Black: o. cit., pp. 21-22.

> de origen, filiación religiosa y decenas de otras peculiaridades. De repente, el gobierno tenía condiciones de trazar el perfil de su propia población.[14]

En 1896, Hollerith fundó The Tabulating Machine Company, que más tarde sería rebautizada como International Business Machines (IBM), nombre con el cual se volvería internacionalmente notoria.[15]

2.2. El nazismo

La tecnología de procesamiento automático de registros personales mostró todo su potencial selectivo y excluyente cuando fue utilizada por Adolf Hitler en la Alemania nazi.

Es fácil notar que la identificación de los judíos de Alemania era una condición indispensable para la confiscación de sus efectos, el confinamiento en guetos, la deportación y, por fin, el exterminio, que más tarde serían practicados por los nazis.[16]

> El proceso de identificación [de los judíos] comenzó en las primeras semanas del Tercer Reich, cuando, el 12 de abril de 1933, el régimen de Hitler anunció el empadronamiento de todos los alemanes. […] Desde la Gran Guerra, las emigraciones y los desplazamientos de la población europea habían traído muchos más judíos para Alemania, sobre todo de Polonia. Nadie sabía cuántos eran, dónde moraban o cuál era su trabajo. Por encima de todo, nadie sabía su nombre.[17]

El uso de la tecnología de las tarjetas horadadas permitió que el empadronamiento alemán de 1933 identificase con precisión y rapidez a los judíos en la población alemana.

Con base en los datos obtenidos en el censo, en 1934 los nazis promulgaron la Ley para la Prevención de la Procreación con Enfermedad Genética,[18] que, con base

---

[14] Ibídem, p. 23.

[15] Ibídem, p. 25.

[16] Ibídem, p. 2.

[17] Ibídem, p. 60. Cf. también Parenti: o. cit., p. 83.

[18] "Conforme el artículo 1 de esta ley, podía ser esterilizado quien padeciese de una enfermedad hereditaria que, según la experiencia de la ciencia médica, era muy probable que pudiese transmitir a sus descendientes. En el apartado 2 de ese artículo 1 se consideraban como tales enfermedades hereditarias: el atraso mental congénito, la esquizofrenia, la locura circular (maníaco-depresiva), la epilepsia grave o Corea de Hutington (mal de San Vito), la ceguera grave, la sordera grave y el padecer una grave deformidad corporal. Según el apartado 3, también podía ser esterilizado quien padeciese de alcoholismo grave. La solicitud para la esterilización podía venir del propio afectado, pero en el caso de que éste fuese incapaz o menor, de su representante legal (artículo 2). También pudieron pedirla un empleado médico, o el director de un centro hospitalario, asilo o establecimiento penitenciario (artículo 3). La esterilización la decidía finalmente un Tribunal de Salud Hereditaria (*Erbgesundheitsgericht*) que se creaba por dicha ley, ascrito al juicio de primera instancia (*Amtsgericht*) de cada circunscripción judicial, y se llevaba a cabo por personal especializado, conforme los procedimientos médicos conocidos (en principio, quirúrgicos: extirpación de ovarios en mujeres, de ductos seminales en hombres; luego, por rayos X o con tratamientos medicamentosos)" (Francisco Muñoz Conde: *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*, p. 174)

en la ideología del *valor económico del hombre*, determinaba las directrices sobre esterilización de individuos considerados insanos, retardados, epilépticos y maníaco-depresivos, entre otros. Posteriormente, la idea de esterilización de los físicamente indeseables se amplió para incluir a los socialmente indeseables, los llamados antisociales.[19]

> La esterilización compulsiva afectaba sobre todo a los considerados inferiores en términos físicos y mentales, cualquiera fuese su raza o nacionalidad. Sin embargo, los criterios se aplicaban no sólo a grupos que exhibían genéricamente las características proscritas, sino, con el nuevo léxico del antisemitismo, a prácticamente todo judío en Alemania.[20]

Más tarde, el criterio meramente religioso para la definición de quién debía ser considerado judío empezó a ser cuestionado por los nazis. Se creó entonces una pseudociencia de la raza[21] que buscaba definir, desde la ascendencia de cada ciudadano alemán, la pureza de su sangre.

> El 17 de mayo de 1939, Alemania fue calibrada por 750 000 censistas, sobre todo voluntarios. Prácticamente nadie pasó desapercibido en los 22 millones de domicilios, 3,5 millones de inmuebles rurales y 5,5 millones de tiendas y fábricas en el Gran Reich. Equipos de cinco a ocho censistas se esparcieron por todas las grandes ciudades, como Berlín, Fráncfort, Hamburgo y Viena. Ciudades y villas

---

[19] "Esta ley no permitía directamente su aplicación a los asociales como tales, salvo que se diesen en ellos algunos de los casos de enfermedad hereditaria. No obstante, como enseguida veremos, la propia ambigüedad de algunos de estos casos (retardo mental congénito, alcoholismo grave) y la creciente presión de destacados dirigentes de la Gestapo y de la SS, así como de algunos prominentes científicos y criminólogos del *establishment* académico, pronto hicieron que se propusiese esta posibilidad, dentro de la propia ley o incluso además de ella, a través de una aplicación analógica "conforme a los sentimientos del pueblo alemán", o simplemente sin cobertura legal alguna. Es por eso lógico pensar que en la práctica luego se recurriese a aplicar las medidas de esterilización previstas en la ley de 1933 también a los asociales, aun cuando fuese con la cobertura más o menos hipócrita de los supuestos previstos en dicha ley" (Muñoz Conde: o. cit., pp. 174-175). Un ejemplo bastante ilustrativo de la colaboración de la criminología académica con el régimen nazista se halla en la conclusión de un artículo de Edmund Mezger: "Además los asociales no deben reducirse a los criminales, pues no todo asocial necesita ser o llegar a ser un criminal. No tenemos reparos en insistir que aquí es donde propiamente comienzan las cuestiones más interesantes de nuestro ámbito. ¿A qué clase de personas se refieren los nueve casos de enfermedades hereditarias mencionados en los apartados 2, n.os 1-8, y 3 del artículo 1? ¿A los asociales o, prescindiendo de su enfermedad, las personas socialmente valiosas, quizá incluso aquí y allí alguna de nivel superior a la media? A larga no nos podremos substraer a esta cuestión, por más que en principio quede fuera de los fines de la ley. Desde luego, hoy podemos dar ya por sentado que los asociales en su mayor parte estarán comprendidos en el ámbito de la debilidad mental (artículo 1, apartado 2, n.º 1) y del alcoholismo grave (artículo 1.º, apartado 3)" (Edmund Mezger: *Até que ponto estão incluídos os associais nas medidas esterilizadoras?,* p. 210).

[20] Black: o. cit., p. 109.

[21] La "ciencia de la raza" consagró una concepción de raza de los judíos que remonta al siglo XIX: "El concepto de *raza* dio coherencia a las diversa líneas evolutivas de antisemitismo que intentaron establecer el lugar de los judíos en el panorama social y político de la Alemania del siglo XIX, y también

> fueron divididas en distritos de treinta casas cada una, con un censista para cada distrito. Cerca de 80 millones de ciudadanos en el Gran Reich —Alemania, Austria, la región de los Sudetes y el Sarre— serían clasificados según sus ancestros. El mundo tenía pocas dudas de que el censo nacional de mayo de 1939 era de naturaleza racial. La cobertura del *New York Times* sobre el gigantesco proyecto dejaba claro que el empadronamiento "suministrará informaciones detalladas sobre la ascendencia, la creencia religiosa y los efectos materiales de todos los residentes. Los formularios dispondrán de campos especiales donde cada persona deberá declarar si es de puro linaje ario. También será preciso informar la situación de cada un de las abuelas, que será debidamente comprobada en caso de cuestionamiento".[22]

En mayo de 1939, por cierto, todos los *judíos practicantes* ya estaban registrados y el nuevo censo tenía por finalidad identificar a los llamados *judíos raciales* en Alemania y los judíos de cualquier definición en los nuevos territorios del Reich. Alemania ya se preparaba para una guerra total y era preciso también determinar exactamente dónde movilizar recursos. "El empadronamiento era vital para la guerra de dos frentes de Hilter, una contra los judíos y a otra contra toda Europa."

Alemania invadió Polonia el 1.º de septiembre de 1939, dando inicio a la Segunda Guerra Mundial, y ya el 28 de octubre de 1939 realizó el conteo del pueblo judío de Varsovia.

> Los resultados salieron con velocidad casi mágica. En poco más de 48 horas todos los formularios habían sido procesados. El 31 de octubre, Czerniakow fue informado de que había unos 360 000 judíos en Varsovia. El número exacto era 359 827 y revelaba las dimensiones exactas de la comunidad: judíos de hasta 15 años, 46 172 hombres y 45 439 mujeres; judíos de 16 a 59 años, 104 273 hombres y 131 784 mujeres; judíos de 60 años y más, 13 325 hombres y 16 933 mujeres; indeterminado, apenas 537 hombres y 1364 mujeres. Empleados, 155.825. Desempleados, incluidos niños e inválidos, 204 002. Artesanos, 73 435. Los alemanes hasta sabían que muchos artesanos judíos ejercían la profesión sin licencia, comparando los resultados del censo con la efectiva cantidad de licencias de artesanía emitidas por las autoridades locales.[23]

Con la invasión de Holanda en mayo de 1940 y de Francia un mes después, Alemania dominó gran parte de Europa y en toda ella buscó identificar a los judíos a través de empadronamientos.

---

puede ser visto como ápice ideológico de una línea de argumentación utilizada por los antisemitas contra la emancipación de los judíos. A través de ese concepto, los antisemitas proclamaron la naturaleza de los judíos como inmutable, superponiéndose a la conceptuación liberal, que los consideraba corregibles y redimibles. Las argumentaciones de la Bildung eran poderosas; ahora se lanzaba una réplica de igual intensidad. Incluso cuando admitían como válidas las visiones racionalista, humanista y universalista del Iluminismo, los antisemitas argumentaban que, debido a la naturaleza particular de los judíos, ellas no les correspondían. Poco antes de la emancipación, en respuesta al libro de Dohm, surgieron argumentos con nociones que presentaban el carácter 'innato' de los judíos. Esas nociones esencialistas sobre los judíos empezaron a adoptar el vocabulario y la base conceptual de 'raza' desde 1840" (Daniel Jonah Goldhagen: *Os carrascos voluntários de Hitler*, p. 77).

[22] Black: o. cit., p. 214.

[23] Ibídem, p. 237.

> El 10 de enero de 1941, el secretario de Estado nazi, Friedrich Wimmer, promulgó el importante decreto V06/41, el cual exigía que todos los judíos, holandeses y extranjeros, se registrasen en la Oficina de Empadronamiento local. El plazo de Wimmer era de cuatro semanas para los residentes fuera de Ámsterdam y de diez semanas para los residentes en Ámsterdam. Desde el censo de 1930, las oficinas de empadronamiento holandesas ya estaban completamente automatizadas con sistemas Hollerith. Al comparar los registros de judíos con los casilleros ya existentes sobre la población total, basados en las tarjetas de identidad de Lentz, las autoridades eran capaces de identificar a cualquier judío que hubiese dejado de inscribirse.[24]

La tecnología Hollerith posibilitó una rápida y eficiente identificación de los judíos en Holanda.

> Diez días después de la conclusión del empadronamiento estatuido por el decreto V06/41, las autoridades nazis exigieron que todos los judíos usasen la estrella judaica. […] Pero no sería la exhibición exterior de la insignia de seis puntas de oro usada en el pecho, para que todos la viesen en las calles, sino las 80 columnas perforadas y procesadas en las instalaciones Hollerith, las que marcarían a los judíos en Holanda para ser deportados a campos de concentración.[25]

En Francia, el empadronamiento no tuvo el mismo éxito. La automación por tarjetas perforadas era una tecnología aún incipiente y su infraestructura era incapaz de aguantar la serie compacta de programas impuestos por Berlín.

> Francia carecía de tradición en empadronamientos que identificaran datos sobre la religión. Henry Bunle, jefe de la Oficina Estadística General de Francia, explicó a colaboradores de Vichy, el 4 de marzo de 1941: "La Oficina Estadística General de Francia no tiene condiciones de rectificar los números disponibles, pues el último censo religioso en nuestro país fue realizado en 1872. Desde esa fecha, los cuestionarios oficiales usados en los conteos nunca incluyeron preguntas sobre las religiones de los individuos". Después, el 12 de abril de 1941, informó a la recién constituida Comisión General para Cuestiones Judaicas (CGQJ): "Francia es, en realidad, el único país de Europa, o casi, donde se ignora el número de judíos en la población, para no mencionar estadísticas referentes a la edad, la nacionalidad, la afiliación profesional, etcétera". Era común proclamar que nadie de hecho sabía cuántos judíos moraban en Francia o en París.[26]

La importancia de los registros como instrumento de selección se vuelve clara cuando se comparan los datos de exterminio de los judíos de Holanda, que disponía de una infraestructura bien establecida de holleriths, y de Francia, cuya base de tarjetas perforadas estaba en completo desorden.

> De una estimativa de 140 000 judíos holandeses, más de 107 000 fueron deportados, de los cuales 102 000 resultaron asesinados —tasa de mortalidad de aproximadamente 73%—. De una estimativa de 300 000 a 350 000 judíos residentes en Francia, en ambas las zonas, cerca de 85 000 fueron deportados —de los cuales

---

[24] Ibídem, p. 398.
[25] Ibídem, p. 406.
[26] Ibídem, pp. 406-407.

> sobrevivieron menos de 3000. La tasa de mortalidad en Francia fue de más o menos 25%.[27]

En 1942, el exterminio de judíos se volvió práctica generalizada en lo sería conocido como *la solución final*.[28] La tecnología de los registros por medio de tarjetas perforadas permitió una de las mayores masacres de un pueblo en la historia.

> Los códigos, compilaciones y clasificaciones de las Holleriths permitieron que los nazis emprendiesen un salto sin precedentes, desde la destrucción individual hacia algo en mucho mayor escala. No más se trataba de nociones vagas como *destrucción* y *eliminación* blandidas de manera ambigua en discursos y decretos. Desde 1942, el nuevo término nazi, proferido explícitamente en los diarios, era *exterminio*. El contexto, comentado en Europa y ampliamente divulgado por los medios de comunicación, siempre denotaba un único objetivo: asesinato en masa. El exterminio sistemático y coordinado proporcionó una solución inimaginable para el problema de los judíos en Europa. Esa última fase quedó conocida como *Endlösung*. En alemán, el término contenía un significado singular: *la solución final*.[29]

La historia del Holocausto muestra la potencialidad selectiva y excluyente de los bancos de datos informatizados y recomienda estudios jurídicos en el sentido de limitar la recolección y el acopio de información personal, sea por el Estado o por instituciones privadas.

---

[27] Ibídem, p. 428.

[28] "Al final del siglo XIX estaba extremadamente diseminada en la sociedad alemana la visión según la cual los judíos representaban un peligro extremo para Alemania, la fuente de su perniciosidad era inmutable —esto es, su raza— y la consecuente creencia en la necesidad de eliminar a los judíos del país. La tendencia a considerar y proponer la más radical forma de eliminación —o sea, el exterminio— ya era poderosa y muchas voces la expresaban. La sociedad alemana continuaba siendo completamente antisemita, como lo había sido en el comienzo del siglo XIX, aunque la naturaleza transformada y modernizada del antisemitismo racial presentase soluciones más amplias, radicales y hasta incluso mortales para el persistente 'problema judío'. Con la llegada del siglo XX, las semillas del antisemitismo nazi y de las políticas nazis antijudaicas ya estaban bien plantadas, habían germinado y empezaban a florecer. El antisemitismo encontró medios de expresión principalmente a través de la conversación pública y de acciones individuales discriminatorias, además de la intensa actividad política. Aun siendo poderoso y potencialmente violento, dejó de irrumpir durante ese período en la forma de violencia orquestada y sustancial debido a la ausencia de condiciones para transformarlo en programa de asalto físico; el Estado no permitiría la eclosión de una acción social colectiva de ese tipo. El Reich de los Guillermos no toleraría la violencia organizada que los antisemitas venían proponiendo hacía tiempo. Sin movilización política, el antisemitismo significaría para los judíos un dato de la cultura y la política alemanas extremadamente desagradable, que resultaría en continuados ataques verbales, discriminación social e incesantes daños psicológicos, pero no una amenaza su seguridad física" (Goldhagen: o. cit., pp. 83-84).

[29] Black: o. cit., p. 481.

3. Privacidad

La historia de la automatización de los registros mostró ya en sus orígenes su potencial selectivo y excluyente. Los nazis probaron al mundo que simples informaciones personales de conocimiento común para el círculo de amistades, reunidas en un banco de datos unificado, pueden representar la diferencia entre la inclusión y la exclusión en una sociedad fundada en mecanismos automatizados de selección estadística.

En este contexto, surge una necesidad histórica de tutelar un nuevo derecho fundamental de la persona humana: el derecho a no ser registrado, entendido como protección del ciudadano contra la obligatoriedad de registros —estatales o no— que extrapolen el límite estrictamente necesario para la administración pública. No tiene por qué el Estado mantener registros sobre etnia, religión, orientación sexual, posiciones políticas y tantas otras informaciones que posibiliten discriminaciones. Mucho menos, una empresa privada.

El derecho a no ser registrado, sin embargo, no fue reconocido autónomamente por los ordenamientos jurídicos, que en general lo infieren del derecho más amplio a la vida privada consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos que surgieron en lo posguerra.[30]

Es importante notar, sin embargo, que el derecho a la privacidad implica la tutela de una tríada de intereses jurídicos bastante definidos: el derecho a no ser monitorizado, el derecho a no ser registrado y el derecho a no ser reconocido, esto es, a no tener registros personales publicados.

Esta concepción aquí propuesta puede ser mejor comprendida si se analiza la historia del surgimiento del derecho a la privacidad, que tuvo como primer fundamento una garantía de la Magna Carta (1215):

> Ningún hombre libre será detenido o preso, ni privado de sus efectos (*disseisiatur*), desterrado (*utlagetur*) o exiliado, o de algún modo dañado (*destruatur*), ni actuaremos o mandaremos actuar en contra de él, sino mediante un juicio legal de sus pares o según la ley de la tierra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legen terre*).[31]

Con base en este dispositivo de la Magna Carta, en 1604, en el juicio del célebre caso *Semayne*, lord Coke decidió:

---

[30] Cf. artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 8.º de la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) y artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

[31] Fábio Konder Comparato: *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 81. En el original: *"Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super cum ibimus, nec super cum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terre"* (Magna Carta).

> La casa de quienquiera que sea es a él su castillo y fortaleza, tanto para su defensa contra la injuria y la violencia, cuanto para su reposo.[32]

Este derecho a la inviolabilidad del domicilio en el Common Law fue también, a su modo, el reconocimiento de un derecho a no ser monitorizado, por lo menos en los límites de su residencia. El fundamento de esta garantía era el derecho de propiedad, según se puede notar en el discurso de lord Chatam en el Parlamento Británico, en 1776, cuando se discutían las órdenes de arresto:

> El hombre más pobre puede, en su casa, desafiar todas las fuerzas de la Corona. Esa casa puede ser débil: su tejado puede moverse, el viento puede soplar en su interior, la tempestad puede entrar, la lluvia puede entrar, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar; sus ejércitos no se atreverán a cruzar el umbral de la ruinosa morada.[33]

La tutela del derecho de no ser monitorizado permaneció, así, dependiente de la del derecho de propiedad y de la garantía a la inviolabilidad del domicilio hasta el final del siglo XIX, cuando la popularización de los registros de control mediante máquinas fotográficas y su posterior publicación en la prensa acabó llamando la atención de los juristas sobre la necesidad de un derecho autónomo que protegiese a las personas de una exposición pública no deseada.

3.1. La invención de la privacidad

En 1890, Warren y Brandeis publicaron en la revista de la Facultad de Derecho de Harward un artículo que logró inmensa repercusión: "Right to Privacy" ("El derecho a la privacidad").[34]

> Antaño, la ley solamente encontraba remedio para la interferencia física en la vida y en la propiedad, para violaciones *vi et armis*. Entonces, el *derecho a la vida* servía solamente para proteger al individuo de la violencia en sus diversas formas; libertad significaba la liberación de una represión verdadera; y el derecho a la propiedad aseguraba al individuo sus tierras y sus reses. Más tarde vino el reconocimiento de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Poco después el alcance de estos derechos se extendió, y ahora el derecho a la vida significa el derecho de disfrutar la vida; el derecho a ser dejado solo, el derecho a la libertad asegura el ejercicio de los vastos privilegios civiles, y el término *propiedad*

---

[32] "[…] the house of any one is to him as his Castle and Fortress as well for defence against injury and violence, as for his repose" (Edward Coke: *Semayne's Case*, p. 137).

[33] "The poorest man may in his cottage bid defiance to all the force of the Crown. It may be frail – its roof may shake – the wind may blow through it – the storm may enter, the rain may enter – but the King of England cannot enter – all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement!" [359 U.S. 360, 379]. Cf. también José Adércio Leite Sampaio: *Direito à intimidade e à vida privada*, p. 35, e René Ariel Dotti: *Proteção da vida privada e liberdade de informação,* p. 44.

[34] Sampaio: o. cit., pp. 57-61. Dotti: o. cit., p. 52.

> evolucionó para abarcar todas las formas de posesión intangibles, así como las reales.[35]

La privacidad fue concebida por los autores desde la noción del juez Cooley, que la entendió cómo el *derecho de ser dejado solo* (*right to be let alone*).[36]

> La prensa está sobrepasando en todas las direcciones los límites obvios del decoro y de la decencia. El chisme no es ya la fuente del ocio y del vicio, pero se volvió una mercancía que es perseguida con esfuerzo y también con descaro. Para satisfacer un gusto aguzado, los detalles de relaciones sexuales son estampados en las columnas de los diarios. Para ocupar a los indolentes se rellenan, columna tras columna, de chismes ociosos que solamente pueden ser obtenidos por la intromisión en el círculo doméstico.[37]

En su condición de pioneros, los autores acabaron abarcando con un único nombre —derecho a la privacidad— una tríada de derechos: el derecho a no ser monitorizado, a no ser registrado (por lo general, fotografiado) y a no ser reconocido (en la época, principalmente, en diarios). Sin embargo, de esta indefinición de conceptos que de cierta forma permanece hasta la actualidad, Warren y Brandeis tienen el gran mérito de haber proclamado la autonomía del derecho a la privacidad respecto al derecho a la propiedad, sea ésta material (como en la inviolabilidad de domicilio) o inmaterial (como en la protección de derechos de autor).

> La existencia de los derechos no depende de la naturaleza o el valor del pensamiento o la emoción, ni de la excelencia de los medios de expresión. La misma protección es concedida a una carta casual o a un diario, al poema o la redacción más valiosos o a un borrador, a un croquis o a una obra de arte. En cada un de los casos, el individuo debe decidir cuáles de sus cosas deben ser dadas a publicidad. Nadie más tiene el derecho de publicar sus producciones, de la manera que sea, sin su consentimiento manifiesto. Este derecho es completamente independiente del material o de los medios sobre los que el pensamiento, el sentimiento o la emoción se expresan.[38]

Warren y Brandeis, impresionados por los abusos de publicación en los diarios de fotografías no autorizadas, subrayaron la tutela del derecho a la no publicación de registros personales. Sus conclusiones dejan clara la idea de que se trata de un texto en defensa del derecho a no ser reconocido:

> Primero: El derecho a la privacidad no prohíbe cualquier publicación de un asunto que sea de interés público y general. […] Segundo: El derecho a la privacidad no prohíbe la comunicación de cualquier asunto, aunque sea de naturaleza privada, cuando la publicación se hace en circunstancias que la tornarían una comunicación secreta de acuerdo con la ley de difamación y calumnia. […] Tercero: La ley probablemente no concedería ninguna compensación para la invasión de la

---

[35] Samuel Warren y Louis D. Brandeis: *O direito à privacidade,* p. 136. Samuel Warren y Louis D. Brandeis: *The right to privacy,* p. 1.

[36] Warren y Brandeis: *O direito…*, p. 138. Warren y Brandeis: *The right…*, p. 2.

[37] Warren y Brandeis: *O direito…*, p. 139. Warren y Brandeis: *The right…*, p. 2.

[38] Warren y Brandeis: *O direito…*, p. 143. Warren y Brandeis: *The right…*, p. 4.

> privacidad por publicación oral en ausencia de daño especial. […] Cuarto: El derecho a la privacidad cesa en la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento. […] Quinto: La verdad del asunto publicado no comporta defensa. […] Sexto: La ausencia de "malicia" del publicador no comporta defensa.[39]

Pese a que la amplitud del concepto de privacidad de Warren y Brandeis es bastante limitada, se ve claramente que los autores postulaban su autonomía no sólo respecto del derecho a la propiedad, sino también respecto de los delitos contra el honor.

> Estas consideraciones llevaron a la conclusión de que la protección garantizaba los pensamientos, sentimientos y emociones, expresados por intermedio de la escritura o de las artes, en la medida en que evitar la publicidad es meramente una instancia del más común derecho del individuo a ser dejado solo. Es como el derecho a no ser robado o golpeado, el derecho a no ser apresado, el derecho a no ser maliciosamente procesado, el derecho a no ser difamado. En cada uno de estos derechos, así como en los otros derechos reconocidos jurídicamente, se hereda la calidad de ser reconocido o tener haberes —y […] puede haber méritos en referirse a aquellos derechos como de propiedad—. Pero, obviamente, tienen poca semejanza con lo que es ordinariamente comprendido por aquel término. El principio que protege los textos personales y todas las otras producciones personales, no contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, es, en realidad, no el principio de la propiedad privada, sino de la inviolabilidad personal.[40]

La concepción de un derecho a la privacidad autónomo del derecho a la propiedad, aunque estrictamente relacionado con el derecho a la no publicación de registros personales, fue un hito doctrinario en el derecho estadounidense, pero serían las decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos las que trazarían los límites de la nueva garantía.

En 1928, la Suprema Corte estadounidense decidió, en el caso *Olmstead v. United States*, que la práctica de interceptaciones telefónicas no era ilegal, con el argumento de que sólo las "búsquedas" que implicasen "invasiones físicas" del domicilio y la "aprehensión" de efectos tangibles se hallaban sujetas a las disposiciones de la Cuarta Enmienda[41] de la Constitución.[42] En esa ocasión, el ahora juez Brandeis, que había publicado el célebre artículo en coautoría con Warren 38 años antes, fundamentó su voto divergente de la posición mayoritaria:

> Además, "en la aplicación de la Constitución, nuestro pensamiento debe ser dirigido no sólo para lo que ha sido, sino para lo que puede ser". El progreso de la

---

[39] Warren y Brandeis: *O direito…*, p. 166-171. Warren y Brandeis: *The right…*, p. 10-12.

[40] Warren y Brandeis: *O direito…*, p. 152-153. Warren y Brandeis: *The right…*, p. 6.

[41] "Enmienda IV. El derecho del pueblo a la inviolabilidad de sus personas, casas, papeles y contra la persecución y aprehensión arbitrarias no podrá ser infringido, y ningún mandato se expedirá sino mediante indicios de culpabilidad confirmados por juramento o declaración, y particularmente con la descripción del lugar de la búsqueda y la indicación de las personas o cosas a ser aprehendidas" (Constitución de los Estados Unidos da América)

[42] Sampaio: o. cit., pp. 68-69.

> ciencia en suministrar al gobierno medios de espionaje no parece agotarse en grabaciones telefónicas. En pocos días se pueden desarrollar medios por los cuales el gobierno, sin remover documentos de cajones secretos, pueda reproducirlos en el tribunal, y con ellos estará habilitado para exponer al jurado las más íntimas ocurrencias de un hogar. Los avances de las ciencias psíquicas y sus correlatos pueden suministrar medios para explorar convicciones, pensamientos y emociones íntimas. "Aquellos espacios de libertad de todo hombre en las manos de cualquier simple policía", como ha dicho James Otis, es mucho menos intrusivo que eso. 1. Para Lord Camden, una intrusión muy menor que ésta pareció "subversiva de todo el bienestar de la sociedad". 2. ¿Será qué la Constitución no ofrece protección contra invasiones de la seguridad individual?[43]

La mayoría de sus colegas, sin embargo, respondió afirmativamente al dilema propuesto por él y Warren al final de su famoso artículo:

> El Common Law siempre reconoció el hogar de un hombre como su castillo, inconquistable, frecuentemente hasta incluso para los propios oficiales asignados a la ejecución de los intentos. ¿Los tribunales cerrarán la entrada a las autoridades constituidas y echarán abajo la puerta del fondo para la curiosidad inútil y promiscua?[44]

Habría que esperar hasta 1967, con el juicio del caso *Katz v. United States*, para que la Suprema Corte estadounidense alterara su entendimiento y pasara a considerar las grabaciones telefónicas como pruebas ilícitas, en las hipótesis en que hubiese intención del interlocutor de mantener el asunto en foro reservado.[45] En la ocasión, así se manifestó el juez Harlan:

> Conforme la decisión del tribunal estadual, "la Cuarta Enmienda protege personas, no lugares". La cuestión, mientras tanto, es qué protección ofrece a las personas. Generalmente, como aquí, la respuesta para esta cuestión requiere la referencia al "lugar". Mi entendimiento de esta norma que emergió de decisiones anteriores es que hay un doble requisito: primero, que la persona tenga una expectativa actual (subjetiva) de privacidad y, segundo, que la expectativa sea tal que la sociedad esté lista para reconocerla como "razonable". Así, el hogar del hombre es, para este propósito, un lugar donde él espera privacidad, pero los bienes, las actividades o las declaraciones que él expone […] no están "protegidos" porque no hay intención

---

[43] "Moreover, 'in the application of a Constitution, our contemplation cannot be only of what has been, but of what may be.' The progress of science in furnishing the government with means of espionage is not likely to stop with wire tapping. Ways may some day be developed by which the government, without removing papers from secret drawers, can reproduce them in court, and by which it will be enabled to expose to a jury the most intimate occurrences of the home. Advances in the psychic and related sciences may bring means of exploring unexpressed beliefs, thoughts and emotions. 'That places the liberty of every man in the hands of every petty officer' was said by James Otis of much lesser intrusions than these. 1 To Lord Camden a far slighter intrusion seemed 'subversive of all the comforts of society.' 2 Can it be that the Constitution affords no protection against such invasions of individual security?" (Suprema Corte de los Estados Unidos: *Olmstead v. United States*).

[44] Warren y Brandeis: *O direito…*, p. 173. Warren y Brandeis: *The right…*, p. 13.

[45] Sampaio: o. cit., p. 102.

> de mantener para sí mismo lo que fue expuesto. Por otro lado, conversaciones al aire libre no estarían protegidas contra escuchas por cuanto la expectativa de aislamiento, dadas las circunstancias, no sería razonable.[46]

Las discusiones sobre el derecho a la privacidad en los casos *Olmstead* y *Katz* ignoraron completamente la propuesta de un derecho a la privacidad autónomo del derecho a la propiedad y se limitaron a una argumentación analógica en torno de la inviolabilidad del domicilio. El derecho a la privacidad, una vez más, era concebido como mero derecho a no ser monitorizado, y la cuestión del registro de las grabaciones quedaba completamente oscurecida.

Dos años después de rever el entendimiento en cuanto a las grabaciones telefónicas, la Suprema Corte estadounidense laudó el caso *Stanley v. Georgia*,[47] que también se volvería paradigmático. La policía de Georgia realizó una búsqueda, debidamente autorizada por orden judicial, en la residencia de Stanley, sospechoso de levantar apuestas, y encontró en su cuarto algunas películas "obscenas", hasta entonces prohibidas por la ley del estado. Stanley fue condenado y recurrió a la Suprema Corte alegando que la ley estadual era inconstitucional por contradecir la Primera Enmienda.[48] La Suprema Corte decidió entonces:

> Si la Primera Enmienda significa algo, significa que el Estado no tiene ningún interés en decirle a un hombre que está sentado solo en su propia casa qué libros puede leer o que películas puede ver. Toda nuestra herencia constitucional se resiste a la idea de dar al gobierno el poder de controlar la mente de los hombres. Y aun ante estas nociones tradicionales de libertad individual, Georgia afirma el derecho de protección de la mente individual contra los efectos de la obscenidad. No tenemos claro que esta cantidad de argumentos sirva más que para afirmar que el Estado tiene el derecho de controlar el contenido moral de los pensamientos de la persona.[49]

---

[46] "As the Court's opinion states, 'the Fourth Amendment protects people, not places.' The question, however, is what protection it affords to those people. Generally, as here, the answer to that question requires reference to a 'place.' My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as 'reasonable.' Thus a man's home is, for most purposes, a place where he expects privacy, but objects, activities, or statements that he exposes to the 'plain view' of outsiders are not 'protected' because no intention to keep them to himself has been exhibited. On the other hand, conversations in the open would not be protected against being overheard, for the expectation of privacy under the circumstances would be unreasonable" (Suprema Corte de los Estados Unidos: *Katz v. United States*).

[47] Sampaio: o. cit., p. 100.

[48] "I Enmienda. El Congreso no legislará en el sentido de establecer una religión, ni prohibiendo el libre ejercicio de los cultos, ni cercenando la libertad de palabra o de prensa, ni el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y de dirigir al Gobierno peticiones para la reparación de sus agravios" (Constitución de los Estados Unidos de América).

[49] "If the First Amendment means anything, it means that a State has no business telling a man, sitting alone in his own house, what books he may read or what films he may watch. Our whole constitutional heritage rebels at the thought of giving government the power to control men's minds. And yet, in the face of these traditional notions of individual liberty, Georgia asserts the right to protect

En rigor, en este caso no se discutió el derecho a la privacidad, sino sólo el derecho a la libertad individual frente a las injerencias estatales. Lo que se cuestionaba no era la validez de la monitorización de la residencia de Stanley, que había sido legalmente autorizada por una orden judicial, sino si él tenía o no libertad para poseer material erótico en su residencia. No se trató, pues, de una decisión sobre privacidad, sino sobre libertad. Este caso, sin embargo, es hasta hoy utilizado para ejemplarizar la evolución del derecho a la privacidad en Estados Unidos, en una clara muestra de la absoluta imprecisión del concepto de privacidad para la doctrina, aun en la actualidad.

El primer juicio importante en la jurispericia estadounidense que efectivamente trató del derecho de no ser registrado fue el *caso NAACP v. Alabama*, de 1958. El procurador general de Alabama exigió que la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), una asociación local defensora de los derechos de las negros, divulgase la lista de sus miembros.[50] La Suprema Corte decidió entonces:

> No es suficiente para responder, como hace el estado aquí, que cualquier efecto represivo que la revelación compulsiva de los nombres de los miembros de la recurrente pueda tener sobre la participación de ciudadanos de Alabama en las actividades del pleiteador no resulta de una acción estatal, sino de presiones de la comunidad privada. El factor crucial es la interacción de las acciones gubernamental y privada, pues fue sólo después del esfuerzo inicial del poder estatal representado por la producción del orden que la acción privada cobró relevancia.[51]

Al garantizar la reserva de los registros de la asociación, la Suprema Corte, consecuentemente, negó al estado de Alabama el derecho a registrar las informaciones personales de los miembros de la asociación. Estas informaciones no tendrían ninguna finalidad justificable por la administración pública, salvo un inadmisible control discriminatorio de sus miembros. Al garantizar el derecho de los asociados a no ser registrados por el estado de Alabama, la Suprema Corte les garantizó también el derecho a la libre asociación, pues no hay libertad de asociación con control estatal.

Esta decisión es el hito de la tutela del derecho a no ser registrado, el cual, junto con el derecho a no ser monitorizado y el derecho a no ser reconocido, constituye la tríada fundamental de lo que la doctrina genéricamente llama de *derecho a la privacidad*.

---

the individual's mind from the effects of obscenity. We are not certain that this argument amounts to anything more than the assertion that the State has the right to control the moral content of a person's thoughts" (Suprema Corte de los Estados Unidos: *Stanley v. Georgia*).

[50] Sampaio: o. cit., p. 101.

[51] "It is not sufficient to answer, as the State does here, that whatever repressive effect compulsory disclosure of names of petitioner's members may have upon participation by Alabama citizens in petitioner's activities follows not from state action but from private community pressures. The crucial factor is the interplay of governmental and private action, for it is only after the initial exertion of state power represented by the production order that private action takes hold" (Suprema Corte de los Estados Unidos: *NAACP v. Alabama*).

3.2. Privacidad hoy

El derecho a no ser registrado, entendido no sólo como una garantía de la libertad de asociación (como en el caso *NAACP*), sino también y principalmente como una garantía contra el totalitarismo selectivo (como en el régimen nazi), es, en las sociedades de la información, uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho.

> No se puede olvidar que, en situaciones de crisis del Estado, como golpes y revoluciones, el primer derecho que se abandona es el derecho a la privacidad. En sistemas totalitarios hay un total desprecio por el derecho a la privacidad, considerado un derecho menor frente a la seguridad pública y la estabilidad del sistema, incluso con el incentivo de la delación de parientes, amigos y vecinos, lo que configura una doble invasión de la privacidad: por el Estado y por aquellos que forman parte de la vida cotidiana de los delatados.[52]

En este sentido, se puede afirmar que el derecho a no ser registrado es también garantía del derecho a la libertad de asociación y a la manifestación del pensamiento. La intrínseca relación entre derecho a la privacidad y el derecho a la libre manifestación del pensamiento se percibe claramente en el secreto del voto. Al garantizar la privacidad del elector, el derecho garantiza también su libertad de manifestación del pensamiento y de ejercicio de los derechos políticos, evitando cualquier forma de constreñimiento en las votaciones. El derecho a la privacidad es ante todo una garantía para el ejercicio de derechos políticos.

> Preservar la privacidad también es una forma de controlar el poder arbitrario del Estado. Si hay cercenamiento de la privacidad, no hay modo de que las personas se reúnan tranquilamente para discutir los rumbos de sus instituciones políticas y decidan modificarlas o mantenerlas. No se puede decir que realmente sean ciudadanos, que participan o deciden respecto de la vida política de su país, sino apenas personas amedrentadas, que no pueden manifestar sus pensamientos sin temer una punición estatal. […] Siendo así, es necesario desplazar el foco de la privacidad como derecho de la personalidad, restringido al derecho privado, hacia el derecho público, de modo de reconocerla como esencial para la dignidad humana y proporcionarle la protección jurídica más efectiva, ligada al derecho constitucional y a los tratados de derechos humanos.[53]

El derecho de no ser registrado es también una garantía contra violaciones al derecho constitucional a la igualdad. La experiencia nazi demostró que para discriminar es necesario ante todo registrar a la población a fin de confeccionar un *mapa* de las características de cada individuo. Tales registros son los instrumentos de filtración de la población por los cuales se la puede seleccionar y excluir a los individuos juzgados indeseables.

> Partiéndose de esta nueva facción de los derechos de la personalidad, y consecuentemente del derecho a la privacidad, se percibe cómo éste deja de ser la

---

[52] Cynthia Semíramis Machado Vianna: *Em busca da privacidade perdida,* p. 26.

[53] Ibídem, p. 27.

> salvaguarda del aislamiento individual para volverse instrumento de combate contra prácticas de discriminación religiosa, política, sexual y de toda suerte de información de carácter privado.[54]

El derecho de no ser registrado no debe ya ser entendido como la tutela de un interés individual, sino como la garantía de un interés público de tutela de los derechos a la libertad y a la igualdad.

> La total transparencia del individuo a los ojos del Estado y de las empresas, titulares del monopolio de la información, agudiza la concentración de poder, fragiliza el control que debe ser ejercido por la sociedad —y no sobre la sociedad— y tiende a profundizar la desigualdad de sus relaciones, favoreciendo las discriminaciones y el conformismo social y político, así como la "dictadura del simulacro". Esto se vislumbra aun cuando un desequilibrio de informaciones conduzca a un desequilibrio de los poderes: entre Ejecutivo, Legislativo y Judicial; entre el poder central y los periféricos; entre los que saben y los que no saben. Se habla de una nueva categoría de excluidos: *exclus de l'abstraction*. La intimidad asciende de un valor burgués a un valor democrático esencial.[55]

El derecho a la privacidad, concebido como una tríada de derechos —a no ser monitorizado, a no ser registrado y a no ser reconocido— trasciende, pues, en las sociedades de la información, los límites de mero derecho de interés privado para convertirse en uno de los fundamentos del Estado democrático de derecho.

Referencias bibliográficas

BLACK, Edwin: *IBM e o Holocausto: a aliança estratégica entre a Alemanha nazista e a mais poderosa empresa americana*, Rio de Janeiro: Campus, 2001.

BURKE, Peter: *Uma história social do conhecimento: de Gutemberg a Diderot*, Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

COKE, Edward: "Semayne's Case", en Steve SHEPPARD (ed.): *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke:* vol. 1, Indianapolis: Liberty Fund, 2003, pp.135-141, disponible en ‹http://oll.libertyfund.org/EBooks/Coke_0462.01.pdf› (6/3/2006).

COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2.ª ed. rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 2001.

A Constituição dos Estados Unidos da América, disponible en ‹http:/ www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643 &submenu=106&itemmenu=110› (5/3/2006).

The Domesday Book Online. *Frequently Asked Questions*, disponible en ‹http:// www.domesdaybook.co.uk/faqs.html› (11/6/2006).

---

[54] Carlos Affonso Pereira Souza: *O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade*, p. 71.

[55] Sampaio: o. cit., pp. 494-495.

DOTTI, René Ariel: *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FIGUEIREDO, Luciano Raposo de, A. SOUSA, Ricardo MARTINS: "Segredos de Mariana: pesquisando a Inquisição mineira", en *Acervo,* vol. 2, n.º 2, Rio de Janeiro, julio-diciembre 1987, disponible en ‹http://www.arquivonacional.gov.br/historia-colonial/media/segredosdemariana.pdf› (11/6/2006).

GOLDHAGEN, Daniel Jonah: *Os carrascos voluntários de Hitler: o povo alemão e o Holocausto,* São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

KUNDERA, Milan: *A imortalidade,* 2.ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

Magna Carta (original en latín), disponible en ‹http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/latin.htm› (6/3/ 2006).

MARTIN, Oliver: "Da estatística política à sociologia estatística: desenvolvimento e transformações da análise estatística da sociedade (séculos XVII-XIX)", en *Revista Brasileira de História*. São Paulo, vol. 21, n.º 41, 2001, pp.13-14.

MEZGER, Edmund: "Até que ponto estão incluídos os associais nas medidas esterilizadoras?", en Francisco MUÑOZ CONDE: *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp.192-210.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PARENTI, Christian: *The soft cage: surveillance in America from slavery to the war on terror,* Nueva York: Basic Books, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite: *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte,* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira: "O progresso tecnológico e a tutela jurídica da privacidade", en Tarcísio Queiroz CERQUEIRA, Erick IRIARTE y Márcio Morena PINTO (orgs.): *Informática e Internet: aspectos legais internacionais,* Rio de Janeiro: Esplanada, 2001, pp. 54-80.

UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT: *Katz v. United States,* 389 U.S. 347 (1967), disponible en ‹http://laws.findlaw.com/us/389/347.html› (5/3/2006).

UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT: *NAACP v. Alabama,* 357 U.S. 449 (1958). disponible en ‹http://laws.findlaw.com/us/357/449.html› (5/3/ 2006).

UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT: *Olmstead v. U.S.,* 277 U.S. 438 (1928). disponible en ‹http://laws.findlaw.com/us/277/438.html› (5/3/2006).

UNITED STATES OF AMERICA, SUPREME COURT: *Stanley v. Georgia,* 394 U.S. 557 (1969). disponible en http://laws.findlaw.com/us/394/557.html› (5/3/2006).

VERRI, Pietro: *Observações sobre a tortura,* São Paulo: Martins Fontes, 1992.

VIANNA, Cynthia Semíramis Machado. *Em busca da privacidade perdida: do direito à privacidade à privação de direitos*, tesis de maestría en Derecho, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

WARREN, Samuel, y Louis D. BRANDEIS: "O direito à privacidade", en Amaro Moraes e SILVA NETO: *Privacidade na internet: um enfoque jurídico*, Bauru: EDIPRO, 2001.

WARREN, Samuel y Louis D. BRANDEIS: "The right to privacy", en *Havard Law Review*, vol. 4, p.193, diciembre de 1890, disponible en ‹http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/privacy.pdf› (10/6/2006).

Cynthia Semíramis Machado Vianna *

Da necessidade de políticas de controle da imagem feminina nos meios de comunicação como forma de não- discriminação da mulher **

1. Considerações iniciais

A imagem do ser humano, no século vinte, foi transformada por meio dos meios de comunicação. A mídia divulgou e impôs um padrão de imagem que, longe de refletir a diversidade cultural, transformou alguns corpos em modelos estéticos a serem seguidos, mesmo que esses modelos violem as noções científicas do que deveria ser um corpo saudável.

Este trabalho busca analisar a questão da imagem feminina nos meios de comunicação atuais, sob a perspectiva do impacto psicológico e físico na vida de mulheres comuns, fazendo a correlação entre essa imagem e a violação de direitos fundamentais.

Para tanto, foi adotado o conceito de meios de comunicação como quaisquer formas de distribuição maciça de informação, o que envolve tanto a mídia impressa quanto a televisiva, além de anúncios publicitários e sites femininos na Internet.

Primeiramente, serão analisadas várias questões referentes à estética feminina, como ela é valorizada em nossa sociedade e quais são seus efeitos nefastos. Em

---

* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), professora da Faculdade de Santa Luzia (FACSAL).

** Artigo desenvolvido a partir das idéias defendidas em comunicação intitulada: “Da imagem da mulher imposta pela mídia como uma violação dos direitos humanos”, apresentada no *I Encontro de Direito e Cultura Latino-americanos: Diversidade, Identidade e Emancipação*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, em 03 de agosto de 2005.

seguida, mostraremos que, aplicando os dispositivos de vários tratados de direitos humanos, é possível reverter o mal causado pela discriminação estética vigente.

Desta forma, será demonstrado que a estética feminina divulgada pela mídia não é apenas uma simples exposição de corpos, mas uma imposição que tem conseqüências discriminatórias para as mulheres, dificultando sua vida social, trazendo problemas de saúde e constituindo uma séria violação dos direitos humanos.

2. Do ideal de beleza divulgado pelos meios de comunicação de massa

Estudo mundial patrocinado pela Unilever[1] apontou que 40% das mulheres não se sente à vontade para se definirem como "bonitas". Apenas 2% das mulheres se definiu assim, enquanto 31% usou o termo "natural" e 29% preferiu o termo "mediana". Essa mesma relação é válida para o grau de atração física, já que a avaliação da própria beleza e da atratividade física não foram entendidas pelas entrevistadas como conceitos diferentes, mas interligados. O peso está acima do normal para 47% das entrevistadas, mesmo que, tecnicamente, muitas delas não tenham sobrepeso. A afirmação "quando me sinto menos bonita, sinto-me pior em geral" teve 48% de concordância. Para 68%, a mídia divulga um padrão de beleza que as mulheres nunca poderão alcançar, e 47% entendem que "somente as mulheres mais atraentes fisicamente são retratadas na cultura popular". A afirmação de que "mulheres bonitas têm maiores oportunidades na vida" obteve a concordância plena de 45% das entrevistadas.

De todos os países pesquisados, as mulheres brasileiras são as que mais consideraram a hipótese de cirurgia plástica (mais de 50%), sendo que 7% já se submeteram a ela, constituindo o índice mais alto dentre todos os países. Por sua vez, 76% das entrevistadas gostaria que a beleza feminina fosse retratada na mídia como algo mais que atratividade física, e 75% gostaria de ver outros tipos de atratividade física na mídia, com variações de idade, forma e tamanho.

Porém, esse anseio por diversidade física na mídia não é atendido. Além do padrão das modelos altas e magras, sempre erotizadas, há ainda a pressão para que sigam os padrões secundários e onipresentes na mídia: devem ser jovens, brancas, com cabelos lisos e traços europeus.

Desta forma, a imposição por um padrão estético totalmente incompatível com o corpo da maior parte das mulheres do mundo também tem por efeito destruir a imagem e a auto-estima feminina. Ao não serem atendidas quando gostariam de ver os diferentes tipos de corpos existentes no mundo, está também tendo reforçada sua insatisfação e inadequação social. Para revertê-la, sentem-se na obrigação de se adaptarem ao padrão de beleza imposto, de forma a serem aceitas socialmente.

---

[1] Nancy Etcoff et. al. *A verdade sobre a beleza: um relatório global*. Descobertas de um estudo global sobre mulheres, beleza e bem-estar. set. 2004. 35p. Disponível na Internet em: <http://www.campanhapelarealbeleza.com.br/uploadedFiles/br/dove_white_paper_final.pdf > Acesso em 18 mar 2005.

A mídia transmite a essas mulheres que o controle sobre o próprio corpo é a única coisa que precisam obter para ter sucesso e felicidade no amor e na profissão. Porém, a maior parte das mulheres não vive feliz com seu corpo, pois ele não corresponde àquele divulgado pelos anúncios televisivos e impressos. Mary Pipher, psicóloga e conferencista, afirmou:

> *(...) quando me dirijo a grandes platéias, peço às mulheres que estejam satisfeitas com seu corpo que se apresentem depois da palestra. Quero ter conhecimento de sua experiência de sucesso. Até hoje nenhuma veio falar comigo*[2].

Os rapazes que deveriam gostar das mulheres como elas são preferem as moças que viram na televisão ou nas revistas, mesmo sabendo que as imagens foram manipuladas para ficarem perfeitas, ou que correspondem a um raro caso de beleza natural realçada por recursos tecnológicos. As outras mulheres as rejeitam, porque são tão fracas que não conseguem sequer fazer uma dieta corretamente para obter um corpo perfeito.

Em todos esses casos, o que se tem é uma violação dos direitos femininos. As mulheres são discriminadas pela incapacidade de se parecerem com as mulheres expostas nos meios de comunicação e não recebem o mesmo tratamento estético que os homens, tendo sua aparência julgada antes que o seu trabalho. Além de não se reconhecerem nas imagens femininas expostas na mídia, ainda são pressionadas para se enquadrarem nos ideais de beleza, não aceitarem sua aparência e sua identidade étnica, e terem sua natureza negada enquanto sujeitos de direito.

2.1. Da relação entre beleza e magreza

O ideal de beleza atual destoa completamente daquele de cinqüenta anos atrás. Analisando revistas femininas das décadas de 60 e 70, Nuncia Oliveira observou que *"entre meados da década de 50 e ao longo dos anos 60, a beleza passou a ser descrita como algo que se poderia adquirir, moldar ou construir, através do uso de cosméticos, exercícios ou regimes"* [3].

Posteriormente, e paralelamente aos movimentos feministas, essa visão foi alterada, incorporando a noção de investimento em estética, ao invés de correção.

> *"Percebe-se, portanto, que, a partir desse momento, quando os discursos passaram a ressaltar a praticidade de se tornar bela, a beleza passou a ser iden-*

---

[2] Mary Bray Pipher. *O resgate de Ofélia:* o drama da adolescente no mundo moderno. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.267.

[3] Nucia Alexandra Silva de Oliveira. "Representações da beleza feminina na imprensa: uma leitura a partir das páginas de O Cruzeiro, Cláudia e Nova (1960/1970)". In: FUNCK, Suzana Bornéo, WIDHOLZER, Nara Rejane (orgs.). *Gênero em discursos de mídia*. Florianópolis: ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005. p.190.

> *tificada como um investimento e não mais como 'dom' que poucas recebiam, ou como algo que poderia ser curado em caso de 'feiúra' – ênfases dadas até então. Ser bela tornava-se assim uma possibilidade e, até, mais do que isso: – uma obrigação das mulheres"*[4] .

Nota-se também, no decorrer desse período, um emagrecimento progressivo dos corpos expostos na mídia, bem como a erotização e a valorização da juventude. Ainda segundo Nuncia Oliveira, *"como pode ser acompanhado através da leitura dos muitos textos e anúncios publicados nos anos 70, não há beleza sem juventude e magreza"*[5].

A psicóloga estadunidense Mary Pipher também notou essa relação de emagrecimento, observando que em 1950 a *"garota da água mineral White Rock media 1,60m e pesava 63kg. Atualmente ela mede 1,75m e pesa 50kg"*[6]. Aos corpos magros, principalmente de atrizes e modelos, é atribuído um ideal de perfeição estética que deve ser seguido pelas mulheres normais.

Porém, os modelos de beleza exibidos nos meios de comunicação estão cada vez mais magros, chegando ao ponto de parecerem esqueléticos e sem vida. O índice de massa corporal (IMC) considerado saudável para mulheres pela Organização Mundial de Saúde[7] é de 18,5 a 25 kg/m^2, mas muitas modelos são tão magras que esse índice está abaixo do nível saudável. Como exemplo, a modelo da água *White Rock* de 1950 tem IMC de 24,6kg/m^2, o que corresponde à normalidade. Já a modelo atual tem IMC de 16,3kg/m^2, indicando um potencial quadro de desnutrição.

Mesmo fora do padrão de saúde, essas modelos continuam a ser contratadas, tornando-se a imagem de grandes empresas, e sendo o modelo estético – e, por vezes, erótico –, de milhares de mulheres que não conseguem se parecer com elas.

Essa grande diferença entre ideais de beleza e realidade corporal não poderia deixar de gerar problemas. Distúrbios alimentares relacionados à aparência são cada vez mais comuns, e as pesquisas mais recentes, como foi visto, trazem índices alarmantes no que se refere à auto-estima e percepção da imagem das mulheres.

Por outro lado, há grandes preocupações com o crescente grau de obesidade da população mundial[8]. Sedentarismo e mudança dos hábitos alimentares (com excesso

---

[4] Nucia Alexandra Silva de Oliveira. "Representações da beleza feminina na imprensa: uma leitura a partir das páginas de O Cruzeiro, Cláudia e Nova (1960/1970)". In: FUNCK, Suzana Bornéo, WIDHOLZER, Nara Rejane (orgs.). *Gênero em discursos de mídia*. Florianópolis: ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005. p.191.

[5] Nucia Alexandra Silva de Oliveira. "Representações da beleza feminina na imprensa: uma leitura a partir das páginas de O Cruzeiro, Cláudia e Nova (1960/1970)". In: FUNCK, Suzana Bornéo, WIDHOLZER, Nara Rejane (orgs.). *Gênero em discursos de mídia*. Florianópolis: ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005. p.200.

[6] Mary Bray Pipher. *O resgate de Ofélia:* o drama da adolescente no mundo moderno. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.266.

[7] WORLD Health Organization. *Obesity and overweight*. Disponível na Internet em: <http://www.who.int/entity/dietphysicalactivity/media/en/gsfs_obesity.pdf >. Acesso em 01 mar 2006.

de comida industrializada, farináceos sem valor nutritivo e gorduras), são apontados como causas dessa epidemia.

O paradoxo entre o modelo ideal de beleza cada vez mais magro, com pessoas reais cada vez mais obesas, é resolvido pelos meios de comunicação de uma forma simples e consumista: em todo veículo voltado para as mulheres há diversos anúncios de produtos dietéticos ou com valores calóricos reduzidos, além de matérias com dietas (muitas delas, restritivas demais ou sem fundamento científico) e fórmulas milagrosas para emagrecimento.

A crítica a essa postura pode ser vista em meios de comunicação alternativos, como sites feministas e blogs espalhados na Internet[9]. Em alguns dos blogs, há a crítica ao padrão de beleza atual e relatos que mostram a reação a esses modelos, notadamente nos países escandinavos, onde há maior mobilização das mulheres (inclusive pichando anúncios ofensivos) e ausência da exploração do corpo da mulher para vender produtos não relacionados a ele.

Embora incipiente, essas atitudes, e os resultados de pesquisas como as da Unilever,[10] mostram que há um descontentamento com o ideal de beleza associado à magreza e juventude. Privilegiar apenas um tipo físico não tão comum e uma faixa etária quase infantil, quando há uma diversidade de corpos, formas e idades, todas belas, é introduzir na sociedade um comportamento discriminatório, que transforma em padrão de beleza algo que não é comum, e condena todas as mulheres a perseguir esse ideal com pouquíssimas chances de sucesso e graves prejuízos para o desenvolvimento de sua sexualidade e manutenção de sua auto-estima.

> *"(...) pedem-nos que acreditemos que a nossa cultura estimula a exibição da sexualidade feminina. Na verdade, ela exibe praticamente nenhuma. Ela censura as representações dos corpos femininos de forma tal que apenas as versões oficiais são visíveis. Em vez de vermos imagens* do *desejo feminino ou que atendam* ao de*sejo feminino, vemos simulações com manequins vivas, forçadas a contorções e caretas, imobilizadas e em posições desconformáveis sob holofotes, quadros profissionais que revelam pouco sobre a sexualidade feminina. Nos Estados e na Grã-Bretanha, que não possuem nenhuma tradição de nudez em público, as mulheres raramente – e praticamente nunca fora de algum contexto competitivo – vêem a aparência de outras mulheres nuas. Vemos apenas produtos humanóides idênticos, inspirados livremente em corpos femininos"*[11] .

---

[8] WORLD Health Organization. *Obesity and overweight*. Disponível na Internet em: <http://www.who.int/entity/dietphysicalactivity/media/en/gsfs_obesity.pdf >. Acesso em 01 mar 2006.

[9] Bons exemplos de sites que discutem a questão da mídia e propõem o aumento da diversidade estética são: http://www.about-face.org/ , http://www.belezapura.org.br/, http://www.-sindromedeestocolmo.com/archives/auto_estima/ .

[10] ETCOFF, Nancy, et. al. *A verdade sobre a beleza: um relatório global*. Descobertas de um estudo global sobre mulheres, beleza e bem-estar. set. 2004. 35p. Disponível na Internet em: <http://www.campanhapelarealbeleza.com.br/uploadedFiles/br/dove_white_paper_final.pdf > Acesso em 18 mar 2005.

Desta forma, o que os meios de comunicação incentivam é uma deturpação da imagem feminina. Infelizmente, como conclui de forma magistral Naomi Wolf,[12] esses modelos, ao invés de serem tratados como manequins, isto é, seres inanimados que deveriam representar o corpo humano médio, são tratados como paradigmas, exemplos inquestionáveis para o sucesso no convívio social, por mais danosos e pouco racionais que sejam.

3. Efeitos gerados nas crianças pelo ideal de beleza divulgado pelos meios de comunicação

As crianças sofrem duplamente com o padrão de beleza imposto pela mídia: crescem com apelos comerciais para consumirem produtos pouco saudáveis, mas não podem engordar, para não serem desprezadas pelos colegas de escola, pelos parentes, nem, futuramente, pelos namorados e empregadores.

O grande problema decorrente dessa preocupação infantil é observado com a transformação do corpo durante a puberdade. Incapazes de aceitar as mudanças em suas formas e o aumento do grau de gordura corporal, muitas meninas se entregam às dietas de emagrecimento, às vezes até dificultando ou impedindo o processo metabólico natural que levará à menarca. O impacto em suas vidas pode variar de baixa auto-estima e insatisfação duradoura com seu corpo, passando pelo desenvolvimento de distúrbios alimentares e anorexia, podendo chegar à morte.

A anorexia, que atinge em sua maioria adolescentes do sexo feminino, é uma doença caracterizada pelo medo anormal de engordar, além de técnicas de emagrecimento drásticas que deixam a paciente com 40kg ou 30kg, podendo ainda sofrer infertilidade e desequilíbrios metabólicos que levam à morte. Embora sejam o extremo da preocupação com o corpo feminino, não podem ser ignoradas, já que especialistas em distúrbios alimentares consideram que a pressão pelo corpo feminino magro está se transformando em uma epidemia de anorexia[13] .

> *"A nossa cultura dá a cada jovem apenas dois sonhos nos quais possa imaginar seu corpo, como uma moeda com duas faces: uma pornográfica, a outra anoréxica; a primeira, para a noite, a segunda, para o dia; a primeira, supostamente para os homens; a segunda, para as outras mulheres. A jovem não tem a opção de se recusar a lançar essa moeda – nem a de exigir um sonho melhor"*[14] .

Após sobreviver à crise da adolescência, essas meninas alimentam eternamente uma indústria de dietas, produtos de emagrecimento e revistas que exploram o mito do

---

[11] Naomi Wolf. *O mito da beleza*: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. p.179.

[12] Naomi Wolf. *O mito da beleza*: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. p.76.

[13] BALLONE GJ. *Anorexia Nervosa*. In: *PsiqWeb*. Disponível na Internet em: <http://www.psiqweb.med.br/anorexia.html >. Acesso em 10 mar 2005.

corpo perfeito e a necessidade de obtê-lo para ser considerada uma pessoa bem sucedida. Como bem analisa Silvia Alexim Nunes:

> *As mulheres estão sendo cada vez mais levadas a experimentarem seus corpos como inadequados diante das imagens veiculadas, esculpidas em salas de ginástica e de cirurgias, ou retocadas em estúdios fotográficos. Imagens freqüentemente associadas a idéia de corpos livres e liberados, de quem sabe o que quer e é dono de seu próprio nariz, corpos que são vendidos como passaporte para o sucesso e a felicidade.*
>
> *É interessante observar o quanto o corpo feminino vendido como ideal é um corpo falicizado onde as marcas da feminilidade vão sendo aos poucos apagadas. De um lado, modelos cada vez mais jovens, cujas imagens são exploradas como um fetiche, correm o risco de serem deixadas de lado se seus corpos, ao final da adolescência, ganharem formas femininas exuberantes demais para permanecerem como modelos para as comuns mortais. Ao mesmo tempo, um belo corpo vai sendo cada vez mais aquele que através de um intenso trabalho físico vai ressaltando músculos, definindo barrigas, braços e pernas, tentando diminuir a camada de gordura, valorizando uma estética de contornos claramente masculinos. Para se sentirem belas, as mulheres precisam lutar não só com a balança, mas também com os contornos de seus próprios corpos.*[15]

A representação feminina na mídia é a referência de beleza e atitude não só de adultos, mas também de crianças, que mais tarde repetirão o que viram e acharam agradável. Sob esse ponto de vista, o que se tem hoje, em termos de mídia, é o colapso de toda e qualquer forma de respeito pela mulher: o padrão de beleza é europeizado e masculinizado, negando corpos femininos normais e com características étnicas específicas (como o das latinas ou orientais, por exemplo); a imagem é mais valorizada que a inteligência ou capacidade de trabalho, o corpo nu que vende qualquer produto é mais valorizado que a mulher real; a participação feminina é decorativa ou destinada a assuntos domésticos como arrumar (ou manter) um casamento, cozinhar, decorar a casa e cuidar das crianças.

Dessa forma, o desenvolvimento feminino é prejudicado desde a infância. As meninas são discriminadas pela aparência, incentivadas a modificarem seus corpos, a se preocuparem exageradamente com aceitação social. Sofrem muito mais exigências físicas e sociais que os meninos da mesma idade, o que é uma violação de qualquer interpretação que se possa ter de um princípio da igualdade. Afinal, não é possível ter igualdade de gênero em um sistema que, desde a tenra idade, força as meninas a se perceberem como física e socialmente inadequadas.

Nesse processo eminentemente midiático, as meninas aprendem desde cedo que a beleza é mais importante que a inteligência e, ao se esforçarem apenas para

[14] Naomi Wolf. *O mito da beleza*: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. p.264.

[15] Sílvia Alexim Nunes. *De menina a mulher, impasses da feminilidade na cultura contemporânea*. Trabalho apresentado no II Encontro Mundial dos Estado Gerais da Psicanálise. Rio de Janeiro, nov.2003. Disponível na Internet em: <http://www.estadosgerais.org/mundial_rj/download/5c_Nunes_83071003_port.pdf >. Acesso em 18 nov 2004.

serem bonitas, desprezam todas as outras formas de participação social, inclusive estudo, trabalho e realização pessoal. Essas meninas se tornam incapazes de aprenderem a cuidar adequadamente de si, exercendo suas liberdades em todos os campos do conhecimento; perdem também a oportunidades de se igualarem em direitos com os homens e de exercerem a cidadania plena.

3. Da violação de tratados e princípios de direitos humanos pelos meios de comunicação

O grande problema da imagem feminina exibida nos meios de comunicação está não só na idéia, muitas vezes inconsciente, de que a função primordial da mulher é embelezar o ambiente, mas principalmente na ausência de discussão sobre o quanto essa postura gera malefícios para as mulheres, impondo padrões estéticos discriminatórios e que contradizem explicitamente os estudos e tratados de direitos humanos das últimas décadas.

O simples fato de ainda ser socialmente aceita essa percepção de "embelezamento do ambiente" já mostra o quão pouco as mulheres são valorizadas. Sob essa perspectiva, elas ainda não são reconhecidas como sujeitos de direito, com vontade própria, mas como objetos, sendo discriminadas e obrigadas a alegrar e enfeitar o mundo, atendendo aos padrões estéticos vigentes e tendo suas capacidades intelectuais tratadas como características secundárias, a serem valorizadas apenas se a função estética for devidamente cumprida.

De acordo com o art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – "Convenção de Belém do Pará" (1994) –, essas situações são uma violência contra a mulher, já que causam dano psicológico e, muitas vezes, físico ou sexual, devido à angústia de não corresponder aos padrões estéticos e, por isso, não serem totalmente aceitas pela sociedade.

Entre os direitos elencados por essa Convenção, no art. 6º, estão os de a mulher ser livre de todo tipo de discriminação e, mais importante, o *direito de a mulher ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação*[16].

Para equilibrar a situação feminina, a Convenção de Belém do Pará estabeleceu como deveres do Estado, entre outras questões (como fomentar o conhecimento e a proteção dos direitos femininos e o incentivo à modificação de fatores sócio-culturais de discriminação), no art. 8º, "g", o incentivo dos *meios de comunicação a que formulem diretrizes adequadas de divulgação, que contribuam para a erradi-*

---

[16] CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Disponível na Internet em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/mulher2.htm >. Acesso em 01 fev 2005.

cação da violência contra a mulher em todas as suas formas e enalteçam o respeito pela dignidade da mulher[17].

Nota-se que nesse dispositivo a intenção é utilizar a mídia de forma positiva, incutindo valores que estimulem a igualdade feminina e diminuam a discriminação de gênero. No entanto, ele também pode ser interpretado como uma obrigação para que a mídia não aumente a violência contra a mulher ao impor ideais de beleza difíceis de serem alcançados, ou apresentar as mulheres com foco apenas em estética, docilidade e submissão, perpetuando estereótipos e comportamentos pouco afeitos à igualdade de gênero.

Outros tratados de direitos humanos também podem ser interpretados de forma a exigir um maior respeito pela imagem feminina. O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu art. 11A, defende a proteção das pessoas para que não sofram com a fome (o que implica em investimento com segurança alimentar, adequada informação nutricional e o incentivo a dietas que não obriguem a pacientes a passarem fome). O Pacto de Direitos Civis e Políticos enfatiza, no art.26, a proibição de qualquer forma de discriminação, seja por motivo de motivo de *"raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação"*[18].

No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, no seu princípio 10º: *a criança gozará proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza*[19].

Por "discriminação de outra natureza" pode-se entender a discriminação de gênero. Como já foi analisado, a infância tem sido tratada de forma diferente para meninas e meninos, caracterizando uma discriminação que se refletirá em sua vida adulta.

Lamentavelmente, as medidas tomadas para diminuir a discriminação em relação ao gênero ainda são bastante focadas na prevenção da violência doméstica e no planejamento familiar consciente. Embora sejam assuntos importantes, seu tratamento prioritário faz com que a questão midiática, sob a perspectiva de evitar discriminação, se assemelhe a um luxo, ou a um assunto praticamente inútil.

Porém, a deformação da imagem feminina deve ser tratada não só como assunto de saúde pública, por envolver o desenvolvimento mental feminino adequado, mas também como uma forma de discriminação, já que há tratamento completamente desigual sobre a estética feminina, privilegiando apenas alguns tipos físicos, e, no caso

---

[17] CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Disponível na Internet em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/mulher2.htm >. Acesso em 01 fev 2005.

[18] PACTO dos Direitos Civis e Políticos. Disponível na Internet em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm >. Acesso em 08 ago 2004.

[19] DECLARAÇÃO Universal dos Direitos das Crianças. Disponível na Internet em: <http://www.unicef.org/brazil/decl_dir.htm >. Acesso em 01 jun 2005.

de crianças e adolescentes, criando um grande obstáculo ao seu desenvolvimento físico e mental.

Deve-se lembrar, ainda, que em vários países, como no Brasil, os canais de televisão são de concessão do Estado; e devem atender a princípios educativos que promovam a regionalização e valorização da cultura nacional, e que respeitem valores éticos e sociais (art. 223 e art. 221 da Constituição Federal brasileira[20]). Sendo assim, não é possível aceitar que as imagens femininas transmitidas por eles sejam discriminatórias, ao limitarem e elitizarem a população representada, ou que envolvam um prejuízo na formação infantil, ao propagarem valores sociais que perpetuem a discriminação de gênero.

Não se trata de cercear a liberdade de expressão nos meios de comunicação, como alguns podem, apressadamente, imaginar. Trata-se de ampliar a responsabilidade da mídia, exigindo que essa liberdade de expressão atenda à necessidade social e inclua maior diversidade estética, evitando a discriminação feminina. Essa ponderação de valores, privilegiando a dignidade humana, é plenamente admitida no mundo jurídico atual. Como bem observou Ana Paula de Barcellos, "*em suma, verificando-se um conflito que exija ponderação, terão preferência as normas que atribuam direitos fundamentais ou diretamente resguardem a vida humana*"[21].

Reconhecer que a postura atual dos meios de comunicação gera discriminação e impede as mulheres de desenvolverem suas capacidades físicas e intelectuais de forma plena significa também reconhecer que a imagem feminina é protegida pelos direitos fundamentais, e deve ter proteção especial do Estado para que seja efetiva. Desta forma, não há obstáculo jurídico para que essa questão seja mediada pelo Estado de forma a se obter um equilíbrio entre a imagem feminina real e a apresentada pelos meios de comunicação.

4. Considerações finais

É possível constatar que o ideal de beleza imposto pela mídia, nos dias atuais, encontra-se totalmente divorciado da realidade dos corpos femininos. Não obstante, é incentivado, mesmo que, para isso, sejam adotadas práticas que colocam em risco a saúde física e mental de quem deseja obter o físico divulgado como ideal e garantidor de uma vida de sucessos.

Chama a atenção que o problema tenha caráter universal, haja vista que são recorrentes as observações de que as mulheres, em todo o mundo, não estão satisfei-

---

[20] CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível na Internet em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 01 ago 2006.

[21] Ana Paula de Barcellos. "Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional". In: BARROSO, Luiz Roberto (org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 2. ed. rev. Atual. p.111.

tas com a sua imagem ou não se consideram bonitas. Todas elas são julgadas por sua aparência, e sofrem tanto com a auto-crítica quanto com a reação social.

No entanto, não há como não notar que há diferença na discriminação entre uma mulher européia, que está bastante próxima do padrão estético considerado ideal, e uma mulher cujos traços são da ampla maioria das demais etnias mundiais e demonstram miscigenação, como é o caso das mulheres latinas, orientais, africanas e árabes.

A estas, o direito à igualdade e a vedação de tratamento discriminatório não são efetivos. Por serem diferentes do que é divulgado como ideal, sua aparência é motivo de preocupação e ansiedade, não se sentem representadas na mídia e são pressionadas para adequarem seu físico aos ideais de beleza divulgados nos meios de comunicação.

Sendo assim, é necessário reconhecer que a imposição de tais ideais de beleza, em detrimento da diversidade estética, viola os princípios da igualdade de gênero e da não-discriminação, dificultando a inclusão social feminina, além de corresponder a uma ofensa aos princípios de proteção ao desenvolvimento físico e mental das crianças e adolescentes.

> *"O mundo exterior nunca passa para as meninas a mensagem de que seus corpos são valiosos simplesmente porque elas estão neles. Enquanto a nossa cultura não disser às meninas que elas são bem-vindas na forma que tiverem – que as mulheres têm valor com ou sem o pretexto da 'beleza' – as meninas continuarão a passar fome"* [22] .

A fome é o aspecto mais visível de sua situação, mas pode ser estendida a inúmeras outras questões: fome de respeito, de poder, de cidadania, de não ser julgada apenas – e prioritariamente – por sua aparência.

> *" Todo corpo humano tem seu peso e contorno ótimos, que apenas a saúde e a eficiência podem estabelecer. Sempre que tratamos os corpos das mulheres como objetos estéticos sem função, tanto os deformamos como às suas possuidoras. Quer as curvas sejam os excitantes arabescos da rainha das vedetes ou o serpentear atenuado da art nouveau, são deformações do corpo individual e dinâmico, e limitações das possibilidades de ser mulher"*[23]

Não basta apenas a influência de movimentos organizados da sociedade civil, ou campanhas focadas em auto-estima, mas destinadas a alavancar o consumo de produtos especiais. É necessária a interferência direta do Estado, por meio de políticas públicas voltadas para o fortalecimento da auto-estima feminina, não permitindo a exibição de corpos poucos saudáveis como ideais de beleza, regulamentando a divulgação estética feminina para incluir de forma positiva a diversidade de idade, peso, etnia e forma corporal, contemplando toda a diversidade encontrada na sociedade, e

---

[22] Naomi Wolf. *O mito da beleza*: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. p.273.

[23] Germaine Greer. *A mulher eunuco*. São Paulo: Círculo do Livro, 1975. 2.ed. p.42-43.

impedindo que preconceitos relacionados à aparência sejam divulgados, especialmente às crianças. Estas precisam receber atenção especial, destinada a impedir uma sexualização precoce e valorização excessiva de atributos estéticos em detrimento de um futuro profissional não focado na aparência. Para tanto, é necessário promover políticas que aumentem sua auto-estima e prevenção de distúrbios alimentares, além de educação não-sexista e que reforce a efetivação dos direitos fundamentais.

Urge, portanto, reconhecer a importância e necessidade de um controle sobre a imagem feminina na mídia, para que sejam cumpridos os tratados internacionais destinados à proteção da infância e não-discriminação da mulher, aumentando as possibilidades de modelos para as mulheres: que elas não só tenham as opções de serem pornográficas ou anoréxicas, mas que aproveitem o direito de serem quem elas quiserem, como deve ocorrer com todos os seres humanos.

5. Bibliografia

BALLONE GJ. Anorexia Nervosa. In: *PsiqWeb*. Disponível na Internet em: <http://www.psiqweb.med.br/anorexia.html >. Acesso em 10 mar 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. "Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional". In: BARROSO, Luiz Roberto (org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 2. ed. rev. Atual. p.49-119.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível na Internet em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui% C3% A7ao.htm >. Acesso em 01 ago 2006.

CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará). Disponível na Internet em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/mulher2.htm >. Acesso em 01 fev 2005.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos das Crianças. Disponível na Internet em: <http://www.unicef.org/brazil/decl_dir.htm >. Acesso em 01 jun 2005.

ETCOFF, Nancy, et. al. *A verdade sobre a beleza: um relatório global*. Descobertas de um estudo global sobre mulheres, beleza e bem-estar. set. 2004. 35p. Disponível na Internet em: <http://www.campanhapelarealbeleza.com.br/uploadedFiles/br/dove_white_paper_final.pdf > Acesso em 18 mar 2005.

GREER, Germaine. *A mulher eunuco*. São Paulo: Círculo do Livro, 1975. 2.ed.

NUNES, Sílvia Alexim. *De menina a mulher, impasses da feminilidade na cultura contemporânea*. Trabalho apresentado no II Encontro Mundial dos Estado Gerais da Psicanálise. Rio de Janeiro, nov.2003. Disponível na Internet em: <http://www.estadosgerais.org/mundial_rj/download/5c_Nunes_83071003_port.pdf >. Acesso em 18 nov 2004.

OLIVEIRA, Nucia Alexandra Silva de. "Representações da beleza feminina na imprensa: uma leitura a partir das páginas de O Cruzeiro, Cláudia e Nova (1960/

1970)". In: FUNCK, Suzana Bornéo, WIDHOLZER, Nara Rejane (orgs.). *Gênero em discursos de mídia*. Florianópolis: ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

PACTO dos Direitos Civis e Políticos. Disponível na Internet em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm >. Acesso em 08 ago 2004.

PACTO dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível na Internet em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm> . Acesso em 08 ago 2004.

PIPHER, Mary Bray. *O resgate de Oféelia:* o drama da adolescente no mundo moderno. São Paulo: Martins Fontes, 1998 444p.

WOLF, Naomi. *O mito da beleza*: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. 439 p ISBN 8532501311

WORLD Health Organization. *Obesity and overweight*. Disponível na Internet em: <http://www.who.int/entity/dietphysicalactivity/media/en/gsfs_obesity.pdf >. Acesso em 01 mar 2005.

Sandro Ziccarelli Pandolfi*

As cotas raciais para o acceso à universidade e o princípio da igualdade na C.F. de 1988

1. Introdução

Com o intuito de combater os efeitos persistentes do passado escravocrata brasileiro sobre a vida dos afro-descendentes, ganha força, no cenário político-jurídico nacional, o debate acerca das políticas públicas compensatórias, as chamadas ações afirmativas.

A edição da Lei nº 3.708, do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu cota de até 40% para os afro-brasileiros no acesso às universidades estaduais, acirrou esse debate e colocou sob suspeita a efetividade e a constitucionalidade das ações afirmativas direcionadas aos afro-descendentes.

As estatísticas mostram a vergonhosa situação deficitária dos afro-brasileiros no acesso à educação e ao mercado de trabalho, deixando claro que a propagandeada "democracia racial brasileira" é uma falácia. A imensa desigualdade entre brancos e negros, sempre em desfavor destes últimos, é uma realidade em praticamente todos os índices sociais de todas as regiões de nosso país. Esse quadro não é diferente quando falamos de educação.

A desigualdade observada na área educacional discrimina duplamente os afro-brasileiros engendrando um círculo vicioso de insucesso escolar e exclusão social que nega, a essa parcela da população brasileira, o acesso aos postos de maior *status* econômico no mercado de trabalho.

---

* Advogado, especialista em Direito Constitucional e Mestre em Políticas Públicas. <sziccarelli@hotmail.com>

As ações afirmativas procuram, de maneira geral, neutralizar os efeitos da discriminação de raça, gênero, idade, compleição física, etc., por meio de medidas como o estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais. No entanto, o mais conhecido e mais controverso tipo de ação afirmativa é o sistema de cotas, que consiste em estabelecer um determinado percentual a ser ocupado em determinada área por um ou mais grupos definidos.

Acontece que a opção política feita pelo legislador brasileiro no que diz respeito às ações afirmativas dirigidas aos afro-descendentes tem sido, quase sempre, as chamadas 'cotas raciais'.

No entanto, muitas têm sido as opiniões contrárias encontradas na comunidade jurídica brasileira em relação às cotas raciais.

Não resta dúvida que o mecanismo das cotas carrega, no mínimo, um aparente paradoxo, pois para incluir indivíduos de determinado grupo, exclui indivíduos pertencentes a outro grupo. Leve-se em consideração, ainda, que os fatores adotados para tal exclusão (raça, sexo, idade, etc) parecem ferir de morte o caro princípio constitucional da igualdade.

Mas, de que igualdade estamos falando? A igualdade jurídico-formal do Estado Liberal que deseja a postura neutra e passiva do Estado, ou a igualdade fática e militante do Estado Social? E mais, de que tipo de princípio constitucional estamos falando? Do princípio constitucional engessado, sem força normativa e meramente declaratório fruto de uma visão juspositivista? Ou do princípio constitucional que encerra os mais altos valores de uma sociedade, verdadeira bússola da atividade interpretativa da Carta Constitucional, como quer o pós-positivismo?

O presente trabalho tem como objetivo principal confrontar a medida afirmativa denominada cota, na sua versão "cota racial para o acesso ao ensino superior", com o princípio da igualdade inscrito na Constituição de 1988.

Na busca deste objetivo analisaremos o princípio da igualdade procurando entender o conceito do valor igualdade, a sua evolução histórica e o conteúdo jurídico deste princípio.

Em seguida, procuraremos definir ação afirmativa e buscar os seus objetivos. Discorreremos sobre três questões cruciais para o teste de constitucionalidade de uma ação afirmativa em um caso concreto, quais sejam: fator de discriminação adotado, desequiparação pretendida e finalidade almejada. Citaremos, também, as ações afirmativas existentes no nosso ordenamento jurídico.

Por fim, chegaremos ao ponto fulcral deste trabalho, isto é, a confrontação da cota de acesso à universidade com a constituição de 1988. Nesta tarefa procuraremos verificar se existe correlação entre raça, desigualdade e educação. Logo após verificaremos se a finalidade desejada pela cota em questão está em consonância com os princípios constitucionais. Procuraremos, outrossim, traçar critérios gerais para a aferição da constitucionalidade das cotas e verificar se a cota racial para o acesso à universidade contraria algum desses critérios.

Aproveitaremos esta breve introdução para alguns esclarecimentos iniciais.

Os termos afro-brasileiro e afro-descendente utilizados neste trabalho referem-se a cidadãos descendentes de africanos nascidos no Brasil e se remetem a um movimento de identificação étnica.

A categoria raça aqui utilizada não se filia a qualquer determinismo biológico. Neste trabalho, raça não é usada enquanto conceito científico, e sim como categoria socialmente construída. Raça é uma construção ideológica que, mesmo sem existência concreta, é empregada com o objetivo de separar o "nós" dos "outros". O que conta, então, é a construção social de raça, ou seja, a forma pela qual as pessoas se auto-identificam (SISS, 2003, p.193). Enquanto o conceito de raça existir como critério discriminador, temos que utilizá-lo para traçar mecanismos que auxiliem na construção de uma sociedade em que a definição de *raça* se torne irrelevante.

O termo negro, por sua vez, é aqui utilizado no sentido que lhe é dado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, qual seja: para denominar os indivíduos de cor preta ou parda.

2. Os princípios constitucionais

2.1 Noção de princípio constitucional

De início, consideramos importante discorrer sobre o significado jurídico do que seja princípio.

Os princípios, oriundos dos textos filosóficos ou religiosos, de longa data integram, de forma direta ou indireta, essa invenção humana, concebida como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social, que se convencionou chamar por Direito. Como observa Barroso (2001a, p. 20):

> Da tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: 'Nada pode ser e não ser simultaneamente', preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: 'Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu'. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. **O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade**". (Grifo nosso)

Bonavides (1998, p.232) explica que a juridicidade dos princípios compreendeu três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e, mais recentemente, a pós-positivista. Na fase jusnaturalista, os princípios eram considerados direitos estabelecidos por Deus ou ditados pela razão humana, com dimensão ético-valorativa que fundamentam o Direito Positivo. No entanto, em razão de esses princípios terem sido inseridos num plano abstrato, a sua normatividade era, como ressalta o importante autor, duvidosa.

Mais adiante, continua Bonavides (1998, p.235), na fase denominada juspositivista, os princípios ingressam nos Códigos como fonte subsidiária. Neste momento, a importância da sua carga valorativa não era levada em conta. Dessa forma, os princípios são considerados fundamentos do Direito Positivo derivados do próprio Direito Positivo, isto é, das leis, através de sucessivas generalizações. Sua única função era a de suprir as lacunas das leis.

Por fim, vem a fase pós-positivista, onde, como observa Barroso (2001a, p.19), "busca-se uma reaproximação entre ética e Direito, uma volta aos valores." Volta esta, no entanto, que difere do modelo jusnaturalista, onde os valores eram considerados fundamentos abstratos de uma razão subjetiva. Nessa nova perspectiva, estamos falando de valores compartilhados por toda a comunidade, em determinado momento e lugar, que se materializam em princípios e passam a estar abrigados, explícita ou implicitamente, na Constituição.

Convém lembrarmos a lição de Barroso (2001b, p.149), ao salientar que os princípios formam o conjunto de normas que refletem a estrutura ideológica da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Portanto, como normas que refletem o posicionamento ideológico eleito pelo constituinte, os princípios constitucionais devem ser os norteadores da atividade interpretativa da Carta Constitucional, fazendo desta muito mais do que um amontoado de regras jurídicas desconexas.

Em muitos momentos, os princípios constitucionais são colocados diante de intrincados conflitos de interpretação. Nestes casos, determinado princípio constitucional poderá assumir prevalência em relação a um outro, levando-se em consideração o grau de razoabilidade que só a análise do caso em concreto pode demonstrar. Uma colisão entre os princípios constitucionais demanda, então, um complexo sopesamento entre os valores intrínsecos a estes mesmos princípios. Isto não quer dizer que o intérprete invalidará um determinado princípio qualquer, mas que apenas buscará um ajustamento das possibilidades interpretativas que o caso concreto apresenta.

A mais moderna doutrina aponta, portanto, para uma interpretação da Constituição que nos remete a um exercício de ponderação de valores. A Constituição passa a ser concebida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos. Esses "valores" expressos na Constituição, seja em princípios explícitos, seja em princípios implícitos, tornam-se verdadeiros vetores da interpretação das regras constitucionais. Ou seja, os princípios, neste contexto apresentado, prestam-se a guiar a atividade interpretativa, condensando os valores jurídicos suprapositivos que permeiam o texto constitucional e conferindo unidade ao sistema jurídico.

Neste sentido, os princípios constitucionais tornam-se verdadeiras diretivas normativas e hermenêuticas, conferindo, então, autoridade jurídica aos valores éticos e políticos da nossa sociedade.

3. O Princípio da igualdade

3.1 Da igualdade

O Novo Dicionário Aurélio (1999, pag. 1074) define o vocábulo igualdade como:

> Igualdade.[do lat. Aequalitate.] S.f.1. Qualidade ou estado de igual; paridade. 2. Uniformidade, identidade. 3. Eqüidade, justiça. 4. Mat. Propriedade de ser igual. Igualdade moral. (...) **Igualdade Moral.** Ét. Relação entre os indivíduos em virtude da qual todos eles são portadores dos mesmos direitos fundamentais que provêm da humanidade e definem a dignidade da pessoa humana.

Porém, uma definição etimológica não basta para se compreender conceito tão complexo. Uma construção do significado de igualdade precisa estar contextualizada historicamente, já que se trata de um conceito em permanente construção.

Como se pode observar, a idéia do que seja igualdade tem percorrido um longo caminho na história humana. No entanto, levando-se em consideração que o constitucionalismo moderno surgiu no século XVIII, com o advento do Estado liberal, partiremos desse ponto para traçar um breve e despretensioso histórico da evolução do princípio da igualdade.

3.2 Conteúdo jurídico do princípio da igualdade

A lei, como instrumento regulador da vida social, não deve servir de fonte de privilégios e perseguições. Antes, pelo contrário, ela precisa tratar de forma eqüitativa todos os cidadãos. É este o fundamento político-ideológico central do princípio da igualdade que foi juridicizado nos textos das Constituições democráticas ou não (MELLO, 2004, pag. 10).

O princípio da igualdade pretende expressar a igualdade de tratamento na lei e perante a lei, e não afirmar que todos os homens são iguais em essência. Sobre a questão, o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo (2004, p. 18) afirma que:

> Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimentosas para os atingidos.

Portanto, do exposto acima decorre que todos são iguais perante a lei, assertiva que a nossa Constituição registra em seu artigo 5º, *caput*. Esse princípio possui duplo objetivo, qual seja: propiciar garantia individual contra perseguições e desequiparação arbitrária, e vetar favoritismos (MELLO, 2004, p. 23).

3.3 Evolução histórica do princípio da igualdade

As teorias dominantes acerca do Estado atravessaram, ao longo do século XX, três fases distintas: o Estado liberal, o Estado social e, mais recentemente, o Estado neoliberal.

O liberalismo e a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos, nascidos da luta contra o Antigo Regime, mostraram força revolucionária e mobilizaram aqueles que eram oprimidos pelos reis absolutistas e sua, quase sempre pouco nobre, nobreza.

A idéia de que o ser humano é, antes de tudo, um indivíduo, é o núcleo básico do ideário liberal. O individualismo constitui-se, assim, num valor maior. Nesse sentido, o Estado passava a ser considerado um mal necessário.

Como observa Barreto (2005), podemos destacar três etapas no desenvolvimento do individualismo liberal: a) o Estado aparece como substituto da Igreja no papel de agente da disciplina social (Hobbes); b) com a proclamação dos direitos individuais, o exercício do poder estatal é limitado, o que gera a afirmação do indivíduo diante do Estado (Locke e Montesquieu); c) o bem comum identifica-se com a realização material e pessoal do indivíduo. Na etapa final da evolução do individualismo, o indivíduo passa a identificar-se com o Estado. A chamada doutrina do contrato social sistematizou e propiciou essa evolução, servindo como fundamento da teoria política do liberalismo. Essas teses políticas formaram o alicerce ideológico e jurídico para a construção do Estado liberal.

Barroso (2001b, p.8 e 9) explica que, na derrocada das monarquias absolutistas e no subsequente surgimento do Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, verdadeiro substrato das revoluções francesa e americana. No século XIX, o Direito moderno consolida-se, com *status* e ambição de ciência, já arrebatado pela onda positivista. Nessa visão, o sistema jurídico é compreendido como algo completo e auto-suficiente. As lacunas porventura existentes são resolvidas internamente, seja pelo costume, pela analogia ou pelos princípios gerais. A dogmática jurídica, sem qualquer exercício de reflexão sobre seus fundamentos de legitimidade, volta seu conhecimento apenas para a lei e para o ordenamento positivo.

Oriundo desse contexto, o princípio da igualdade formal representou um marco na história, ao propor a eliminação dos privilégios que caracterizavam o Antigo Regime, exigindo do Estado uma postura de neutralidade em relação ao destinatário da norma jurídica. Quando da instauração do Estado liberal, portanto, a noção de igualdade se reveste de roupagem inovadora e revolucionária. Esse novo ideário aboliu os privilégios da nobreza, desconstruindo a visão hierarquizada da sociedade consagrada até então, conferindo espaço para uma ideologia que pregava a plena realização das capacidades individuais e a contenção do poder do Estado por instrumentos normativos. Os historiadores consideram que esse ato representou um momento decisivo,

pelo menos simbolicamente, marcando o fim de uma época e o início de outra, indicando uma nova etapa na história do gênero humano (BOBBIO, 1992, p. 85).

Sobre essa nova etapa, Rocha (1990, p. 35) discorre:

> Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei.

Portanto, como observamos, o princípio da igualdade formal corresponde ao núcleo do ideário burguês, por meio do qual a incipiente burguesia pôs fim à idéia de que os indivíduos fossem tratados segundo o estamento ao qual pertenciam por nascimento. Dessa forma, juntamente com o liberalismo, nascia o Estado Constitucional moderno.

No Estado Liberal clássico, a Lei Maior limitava-se, em sua essência, a regular a organização e funcionamento do Estado e a estabelecer os direitos e liberdades dos indivíduos, assim chamados direitos fundamentais de primeira geração, que objetivavam defender esses indivíduos contra a interferência do Estado no domínio privado. A igualdade entre os homens perante a lei, nessa perspectiva, consiste em exigir que o Estado se abstenha de praticar um tratamento desigual.

A idéia de que o homem possui *direitos naturais*, isto é, uma esfera de liberdade a ser observada e respeitada pelo próprio Estado, foi o principal fundamento das revoluções liberais e das doutrinas políticas de cunho individualista que derrubaram a monarquia absoluta. A *Revolução Gloriosa* (1689), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), a Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) são frutos das idéias jusnaturalistas, justificadas por pensadores liberais, entre os quais destacamos Hobbes, John Locke, expoente máximo do pensamento contratualista, e Rousseau. Esses eventos supracitados se associam diretamente ao Estado liberal e ao início do constitucionalismo moderno (BARROSO, 2001b, p. 14 e 15).

No entanto, como observa Barroso (2001b, p. 15), “no início do século XIX, os direitos naturais haviam se incorporado aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista”.

A desigualdade social não chegava a ser uma questão fundamental para os pensadores liberais. Para eles, o fundamental apoiava-se na igualdade de todos perante a lei. Os liberais acreditavam que, assegurando-se a igualdade jurídico-formal, a responsabilidade recairia, agora, na capacidade de cada um. Dessa forma, tal igualdade jurídico-formal já seria suficiente.

Entretanto, em decorrência da crise social do século XX, e com o aparecimento das teses socialistas, surgiu uma nova visão de Constituição, não mais assentada no puro individualismo que caracterizou as Constituições liberais clássicas. A partir daí,

uma mudança substancial ocorreu no conceito que rondava o princípio da igualdade. As lutas da classe operária, que exigiam a intervenção do Estado na economia, principalmente para regular as relações de trabalho, bem como a universalização dos serviços de saúde, educação, habitação e assistência social, além da crítica formulada pelos pensadores socialistas às relações de produção e apropriação do trabalho típico do regime capitalista, foram os principais causadores do abandono da concepção liberal de Estado. Nasce, assim, o chamado Estado social que, mantendo o sistema econômico capitalista, tentaria amenizar a extrema situação de miséria em que vivia a maioria dos trabalhadores.

Nesta nova fase, denominada constitucionalismo social, as Constituições foram prestigiadas com os chamados direitos de segunda geração, quais sejam: os direitos sociais, culturais e econômicos concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência. Foram acrescidos também os direitos de terceira geração, quais sejam: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação; e os direitos de quarta geração, que consistem no direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Foi justamente esta nova compreensão que possibilitou o surgimento do conceito de igualdade material. A igualdade deixou de ser a igualdade jurídico-formal do liberalismo para se transformar na igualdade material da nova forma de Estado (BONAVIDES, 1998, pags. 341, 522 e 524).

No entanto, o pós II Guerra Mundial foi caracterizado por uma grande crise do modelo econômico. A década de 70 foi marcada por uma profunda recessão, combinando baixas taxas de crescimento com elevada taxa de inflação mundial. A partir daí, as idéias neoliberais começaram a ganhar terreno. De acordo com os pensadores neoliberais, a crise era conseqüência do excessivo poder dos sindicatos, pois as reivindicações salariais, aliadas aos gastos sociais, haviam comprometido a acumulação capitalista. Argumentavam, ainda, que o "igualitarismo", promovido pelo estado de bem-estar social, destruía a liberdade dos cidadãos e a vitalidade da concorrência, da qual dependia a prosperidade de todos. Desafiando o consenso da época, eles afirmavam que a desigualdade era um valor positivo (MORAES, 2005, p. 33).

Dessa forma, o neoliberalismo, estratégia hegemônica do capitalismo contemporâneo, foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar, apresentando-se sob um conjunto de receitas econômicas e programas políticos pautados na redução do tamanho do Estado (redefinição do seu papel, menor intervenção na economia), ajuste fiscal, privatização, desregulamentação (redução das regras governamentais para o funcionamento da economia), reestruturação do sistema previdenciário etc. Além disso, a derrota do chamado socialismo real no Leste Europeu foi fundamental para afirmar a hegemonia neoliberal no mundo. Ela parecia indicar a sua inviabilidade e a superioridade da "economia de mercado".

Observe-se, entretanto, que essa retomada dos postulados liberais aparentemente entra numa fase de descrédito. Além disso, não podemos perder de vista os ensina-

mentos do Professor Paulo Bonavides (1998, p. 336), ao afirmar que "a Constituição de 1988 é basicamente, em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição do Estado social". Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados deste modelo. Os princípios constitucionais inscritos na Carta de 1988 refutam, desde logo, a falácia neoliberal.

Dessa forma, duas noções de igualdade estão postas: de um lado a igualdade formal e, de outro, a igualdade material. Aquela, gestada no ventre do liberalismo, exige uma postura negativa do Estado, que resta proibido de praticar qualquer ato (administrativo ou legal) que vise a desequiparação. Esta, fruto do Estado social, impõe uma conduta positiva ao Estado, no sentido de promover uma igualdade fática. Enquanto o Estado liberal considera suficiente institucionalizar a equiparação, o Estado social, berço da segunda geração de direitos, chama para si a missão de produzir a equiparação como compromisso constitucional (CANOTILHO, 1999, p. 399 e 400).

É importante ressaltar que a igualdade material não afasta a igualdade formal, antes, pelo contrário: aquela absorve esta e amplia o seu significado.

Na verdade, como bem observa o Professor Paulo Bonavides (1998, p. 338 e 339), o problema principal do Direito Constitucional contemporâneo não está mais em juridicizar o Estado social, até porque a Constituição de 88 imprimiu uma latitude sem precedentes aos direitos sociais, dotados agora de uma substantividade nunca vista nas Cartas Constitucionais anteriores. O problema fulcral encontra-se em como estabelecer meios processuais para efetivar esses direitos. Nisso, também, o constitucionalismo social da Carta de 1988 avançou, ao estabelecer figuras como o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão.

Por tudo isso, podemos dizer, ecoando as palavras do ilustre Bonavides (1998, p. 338), que "o Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração: um Estado que não concede direitos sociais básicos, mas os garante".

Não seria possível entendermos o constitucionalismo do Estado social pátrio, impresso na Constituição de 1988, sem levarmos em consideração a teoria dos direitos sociais fundamentais e o princípio da igualdade material.

Portanto, se a igualdade jurídica fosse meramente declaratória, o princípio da igualdade, verdadeira pilastra do edifício normativo fundamental, restaria insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República.

4. As ações afirmativas

4.1 Conceito e objetivos

A expressão "ação afirmativa" teve origem nos Estados Unidos da América, na década de 60. Neste período, os estadunidenses vivenciavam as reivindicações do movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a expansão da igualdade de oportunidades a todos.

As leis segregacionistas vigentes no país, principal combustível do movimento pelos direitos civis, começam a ser eliminadas e o movimento negro apresenta-se como um importante porta-voz das mudanças exigidas.

É nesse contexto que a idéia de ação afirmativa começa a ganhar projeção. A partir daí, exige-se do Estado, não só a garantia formal do anti-segregacionismo, mas também que assuma uma postura ativa para a melhoria das condições da população negra.

A experiência das ações afirmativas se espalhou pela Europa Ocidental e por outros países como, por exemplo, Índia, Cuba, Canadá, etc. Em 1982, a idéia de discriminação positiva[1] foi inserida no primeiro "Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades da Comunidade Econômica Européia".

A chegada das ações afirmativas ao Brasil não tardaria.

Como já observamos anteriormente, o constitucionalismo social brasileiro não se contenta em conceder direitos sociais básicos: ele vai além e impõe uma conduta positiva ao Estado no sentido de promover uma igualdade fática (BONAVIDES, 1998, p. 338).

Portanto, ultrapassamos a idéia do ente abstrato, destituído de cor, raça, sexo, idade, gênero e classe social, fruto da concepção do Estado liberal, e chegamos a um sujeito concreto, com especificidades e historicamente situado. (PIOVESAN, 1998, p.130)

Consoante com esta nova mentalidade, na tentativa de se efetivar o princípio da igualdade de forma concreta e neutralizar os efeitos da discriminação de gênero, de idade, racial, de compleição física, de origem nacional etc., e, por conseguinte, atender aos anseios do constitucionalismo social, surge o instrumento denominado ação afirmativa.

Podemos definir ações afirmativas como medidas temporárias, de caráter compulsório ou facultativo, que objetivam beneficiar determinados segmentos da sociedade socialmente desigualados por preconceitos culturalmente enraizados, com o propósito de promover a igualdade proclamada e afirmada constitucionalmente, baseada nos princípios dos direitos fundamentais.

Recorrendo aos ensinamentos do Ministro Joaquim Barbosa Gomes (2001, p. 6), podemos dizer que as ações afirmativas:

> [...] são políticas e mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Já Piovesan (2002, p. 190) define ações afirmativas como:

---

[1] As ações afirmativas também são conhecidas como: discriminação positiva, ação positiva ou políticas compensatórias.

> [...] medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com vistas a promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais. As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros grupos.

A ação afirmativa nada mais é que um mecanismo, dirigido a determinadas parcelas da sociedade que enfrentam preconceitos arraigados no seio da sociedade, que procura efetivar o princípio da igualdade jurídico-material. Por meio da discriminação positiva, busca-se corrigir desigualdades históricas.

Sobre o surgimento das ações afirmativa, Gomes (2001, p. 38) afirma que:

> A introdução das políticas de ação afirmativa representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que, em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor.

Agora, então, com o objetivo de não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo, de eliminar os efeitos da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar, sai de cena o indivíduo genérico e entra no palco o indivíduo concreto, onde suas particularidades quanto ao gênero, idade, raça, entre outros, serão consideradas.

Além do claro objetivo de promoção da igualdade de oportunidades, as políticas afirmativas também agem na "esfera cultural e psicológica". Isso porque, ao eliminar os entraves artificiais e invisíveis que impedem o avanço dos grupos minoritários[2] a diversos espaços da vida pública e privada e, por via de conseqüência, induzir uma maior diversidade e representatividade desses grupos nestes espaços, as políticas públicas auxiliam para o fim da idéia, por exemplo, de supremacia de uma raça em relação à outra, ou do homem em relação à mulher. Dessa forma, as ações afirmativas pretendem não apenas coibir a discriminação do presente, mas principalmente atacar os "fatores hereditários", sejam eles psicológicos ou culturais, de uma longa história de discriminação.

A reversão do quadro da baixa representação de grupos minoritários em certas áreas, como o Parlamento, o Judiciário, posições de mando nas empresas privadas e etc., é, portanto, meta das ações afirmativas. Assim, o efeito mais visível das ações afirmativas é revelar o caráter múltiplo da sociedade (GOMES, 2001, p. 47).

O público-alvo das ações afirmativas são, de maneira geral, as minorias étnicas, raciais, mulheres e pessoas portadoras de deficiência. No entanto, esse rol varia de acordo com a realidade de cada país. O mercado de trabalho, com o estímulo à contratação de funcionários, o sistema educacional, e a representação política, são as principais áreas atingidas por tais ações.

---

[2] Aqui o termo minoria não é utilizado no sentido quantitativo, mas para qualificar determinados grupos que foram contemplados com uma porção menor de direitos, concretamente assegurados, em razão de outros, que detêm o poder.

A ação afirmativa não se limita ao sistema de cotas, estendendo-se a medidas como o estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais. No entanto, não resta dúvida que o mais conhecido e, ao mesmo tempo, mais polêmico tipo de ação afirmativa é o sistema de cotas, que consiste em estabelecer um determinado percentual a ser ocupado em determinada área por um ou mais grupos definidos. As chamadas "cotas raciais" se inserem neste tipo de ação afirmativa.

No Brasil, as chamadas cotas raciais começam a aparecer no cenário político e jurídico[3] nacional. No entanto, as opções políticas feitas pelo legislador brasileiro em favor dos afros-descendentes não tem sido satisfatoriamente acolhida por alguns setores da sociedade. O aparecimento desse debate em nosso País suscitou as mais variadas opiniões sobre a eficácia e a constitucionalidade dessa medida.

As explanações a respeito das cotas raciais para ingresso nas Universidades públicas brasileiras merecerão um capítulo específico.

4.2 Fator de discriminação adotado, desequiparação pretentida e finalidade almejada

O Novo Dicionário Aurélio (1999, p. 690) define o vocábulo discriminação como:

> Discriminação.[do lat. Discriminatione.] S.f.1. Ato ou efeito de descriminar. 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento. 3. Separação, apartação, segregação: discriminação racial. (...).

Já a "Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial", adotada pela Resolução 2.106-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965, e ratificada pelo Brasil em 27.03.1968, define, em seu artigo 1º, discriminação racial como:

> (...) toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

A partir das definições supracitadas, não nos resta dúvida que as chamadas ações afirmativas, ao promoverem tratamento diferenciado a determinados segmentos da sociedade, estabelecem uma discriminação.

Ora, o art. 5º da CF/88 proíbe a desequiparação em razão da raça, do genêro, da compleição física, etc. Então, o que justifica juridicamente a evidente discriminação estabelecida pelas ações afirmativas?

---

[3] Ressalte-se a edição da Lei nº 3708, de 09/11/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte Fluminense.– Esta lei foi revogada e substituída pela Lei –nº 4.151, de 04/09/2003.

Por tudo que já vimos até aqui, percebe-se que a própria cláusula pétrea constitucional que proíbe a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, procura rechaçar determinados comportamentos que mais facilmente, por razões preconceituosas mais comum, podem ser usadas como fundamento de uma discriminação injustificada. Portanto, o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pretende estabelecer que características como raça, gênero, classe social e compleição física não sejam geradores de discriminação por si só (MELLO, 2004, p. 18). Contudo, parece haver ofensa ao princípio da igualdade se num concurso público para piloto da Força Aérea um candidato for desclassificado por ser deficiente visual? O simples bom-senso nos indica que não.

Com efeito, o que o princípio da igualdade material, abarcado por nossa ordem jurídica constitucional, pretende vetar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas e odiosas.

Retomando o exemplo acima, adotar como critério de veto à admissão de um certo concurso público a deficiência visual, só não afetará o princípio da igualdade, se houver nexo entre o fator eleito para a discriminação (no caso em questão, a deficiência visual) e os fins e circunstâncias vinculados à situação fática (pilotar um avião, a segurança dos passageiros etc).

Surge, então, a seguinte interrogação: quais são os critérios para se estabelecer quando uma desequiparação fere ou não o princípio da igualdade?

A resposta, ao nosso ver, reside na correlação "fator de discriminação, desequiparação pretendida e finalidade". Isto é, deve-se avaliar, de um lado, o fator que é adotado como critério discriminatório; e de outro, se há um fundamento lógico para a discriminação legal observada, em função da finalidade pretendida. E, ao final, é preciso verificar se o fundamento lógico para a discriminação encontra respaldo nos valores constitucionais.

Cumpre ressaltar que os fatores elegidos como critério discriminatório não são correlações lógicas absolutas e fixas, mas determinados pelo momento histórico. Isso, porque o princípio jurídico da igualdade deve ser concebido como algo dinâmico. Não se trata de uma determinação constitucional engessada e estática, repousada sobre a afirmativa abstrata de que todos são iguais perante a lei. Muito pelo contrário, hoje, este princípio é um verdadeiro comando para que se procure igualizar condições desiguais.

Para aclarar de vez essa questão, recorremos ao ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.17):

> [...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Surgem, dessa maneira, duas espécies de discriminação: a discriminação negativa e a discriminação positiva. A primeira tem como objetivo a segregação,

por meio da anulação ou restrição do exercício de liberdades fundamentais em qualquer campo da vida pública; a segunda visa a equiparar as pessoas ou grupos que sofrem algum tipo de discriminação negativa, com o objetivo de promover a igualdade material.

Nossa Carta constitucional, inclusive, não só admite como prescreve discriminações positivas. Para exemplificar, podemos citar a previsão de proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) e a previsão de reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII). Temos, então, uma desigualdade para se perseguir uma igualdade. Cria-se, então, uma igualdade, resultado da equiparação entre desigualdades (BOBBIO, 1996, p.32).

Além de a norma que estabelece a discriminação positiva ter que guardar correlação lógica entre o fator de discriminação e a sua finalidade, e esta finalidade estar em harmonia com os valores constitucionais, haverá, segundo Mello (2001, p. 47), ofensa ao princípio da isonomia quando:

1- a desequiparação atingir um critério diferencial tão específico que singularize a pessoa, ou seja, não esteja em consonância com os princípios da generalidade e abstração;
2- a norma adotar um fator diferencial que não resida na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, isto é, elemento algum que não exista nela própria pode ser alçado a critério diferencial.

Portanto, se a lei singularizar o destinatário, seja para atribuir um gravame ou um privilégio para um só indivíduo, estará ferindo de morte o mandamento da isonomia. Como exemplo, poderíamos citar uma lei que concedesse um benefício qualquer para o Senhor Fulano de Tal. (MELLO, 2004, p. 24).

Recorrendo a um exemplo dado por Mello (2001, p. 28), incorreria na mesma reprovação a lei que declarasse "conceder o benefício tal aos que houvessem praticado determinado ato, no ano anterior, sendo certo e conhecido que um único indivíduo desempenhara o comportamento previsto".

O mesmo raciocínio se aplica à lei que descrevesse uma situação extremamente específica, revelando uma singularização do destinatário.

Para ilustrar tal hipótese, mais uma vez recorreremos a um exemplo formulado por Bandeira de Mello (2001, p. 25):

> Figure-se grotesca norma que concedesse benefício ao Presidente da República empossado com tantos anos de idade, portador de tal título universitário, agraciado com as comendas tais e quais e que ao longo de sua trajetória política houvesse exercido os cargos x e y. Nela se demonstraria uma finalidade singularizadora.

Ofensa ao princípio da isonomia também ocorre, como já mencionado, quando a norma discriminar pessoas ou situações, utilizando-se de um fator diferencial que não

exista nela mesma. Para aclarar tal hipótese, Mello (2001, p.30) elabora o seguinte exemplo:

> Então não se pode deferir aos magistrados ou aos advogados ou aos médicos que habitem em determinada região do País, só por isto, um tratamento mais favorável ou mais desfavorável juridicamente. Em suma, discriminação alguma pode ser feita entre eles, simplesmente em razão da área espacial em que estejam sediados.
>
> Poderão, isto sim – o que é coisa bastante diversa – existir neste local, situações ou circunstâncias, as quais sejam, elas mesmas, distintas entre si, gerando, então, por condições próprias suas, elementos diferenciais pertinentes. Em tal caso não será a demarcação espacial, mas o que nela exista, a razão eventualmente substante para justificar discrímen entre os que se assujeitam – por sua presença contínua ali – àquelas condições e as demais pessoas que não enfrentam idênticas circunstâncias.

Por fim, é importante destacar mais uma vez as determinações da "Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial", que estabelece no seu art.1º, § 4º:

> §4º. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

As ações afirmativas devem estar dotadas de uma precisa medida, verificada no âmbito da razoabilidade[4], procurando materializar o mandamento constitucional da igualdade material (ROCHA, 1996, p. 286).

Hoje, mais do que nunca, a afirmação aristotélica, "Igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade[5]", é a expressão do principio da igualdade.

4.3 As Ações afirmativas no ordenamento jurídico brasileiro

Não é de hoje que a ordem jurídica nacional dispõe de leis que reconhecem o direito à diferença de tratamento para diversos grupos considerados, num dado momento histórico, vulneráveis.

---

[4] "O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça".(BARROSO, 2001a, p.215)

[5] Frise-se que a última parte da afirmação (..., na medida da sua desigualdade) é atribuída a Rui Barbosa.

Já em 1930 surgia em nosso país uma norma que estabelecia uma ação afirmativa por meio do sistema de cotas, qual seja: o Decreto nº 19.482, de 12 de dezembro de 1930, que determinava:

> Art. 3º Todos os indivíduos, empresas, associações, companhias e firmas comerciais, que explorem, ou não, concessões do Governo federal ou dos Governos estaduais e municipais, ou que, com esses Governos contratem quaisquer fornecimentos, serviços ou obras, ficam obrigadas a demonstrar perante o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, dentro do prazo de noventa dias, contados da data da publicação do presente decreto, que ocupam, entre os seus empregados, de todas as categorias, dois terços, pelo menos, de brasileiros natos.

Essa medida, incorporada à CLT (art. 354), era justificada pela preferência das empresas pela mão-de-obra dos migrantes europeus, considerada mais especializada.

Em 1968, o Congresso instituiu cota para o acesso ao ensino médio agrícola e às escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidas pela União, por meio da chamada Lei do Boi, que determinava:

> Art. 1º. Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, 50% (cinqüenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio.

Com exceção das leis editadas[6] no Estado do Rio de Janeiro, que serão objeto de uma análise mais aprofundada no Capítulo que trata das cotas raciais, as diversas normas jurídicas já existentes não se referem ao termo "ação afirmativa", empregando, em geral, os termos "reservar" (SILVA, 2004).

5. As cotas raciais para o acesso às cotas raciais para o acesso ás universidades e a constituição de 1988

5.1 A raça como fator de desigualdade

Até pouco tempo atrás, o discurso da "democracia racial brasileira", isto é, a idéia de que o Brasil é uma nação onde negros e brancos vivem em grande harmonia, sem conflitos e segregações, era incentivado e propagado pelo Estado. Não é por acaso que a idéia de democracia racial povoa as mentes de boa parte da população brasileira.

No entanto, as frias estatísticas deixam claro que a propagandeada "democracia racial brasileira" é uma falácia. Os afro-brasileiros ocupam a base da pirâmide social em praticamente todas as variantes do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH. Indicadores como educação, saúde, trabalho, moradia, proteção à criança e ao ado-

---

[6] Leis nºs 3.708, de 09/11/2001 e 4.151, de 04/09/2003.

lescente e à alimentação, também refletem o acesso deficitário dos negros brasileiros a esses direitos sociais básicos.

A situação deficitária de acesso dos negros aos Direitos e Garantias Fundamentais tem raízes que remontam ao passado escravocrata brasileiro, produzindo ainda hoje resultados absurdos.

Períodos históricos como a abolição da escravidão, a proclamação da República e a industrialização do país se passaram, e não foram capazes de melhorar as condições de vida dos afro-brasileiros. Diante desta constatação, Gomes (2001, p. 22) afirma que "o princípio de igualdade formal erigido há mais de 300 anos pela Revolução Francesa continua, ainda, revolucionário no Brasil contemporâneo".

Os brasileiros afro-descendentes constituem a segunda maior nação negra do mundo[7], atrás somente da Nigéria. Em 2001, de acordo com a Pesquisa nacional por amostra de domicílios do IBGE (PNAD), entre os cerca de 169 milhões de indivíduos que compunham a população brasileira, 53,4% se declaravam brancos, 40,4% pardos, 5,6% pretos, 0,6% amarelos e indígenas (IBGE, 2003, p. 53).

E a composição racial da população pobre? Será que a participação dos afro-brasileiros na população pobre respeita a mesma porcentagem que a sua participação no total da população?

O quadro de exclusão sócio-econômica a que está submetida a população afro-descendente brasileira é confirmada em estudos provenientes de diversas áreas do conhecimento. Indicadores elaborados por importantes instituições, tais como o Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas - IPEA, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Organização das Nações Unidas - ONU, etc., sempre ratificam que além do grave problema social, vivemos um grave problema de exclusão racial.

A distribuição dos indivíduos por raça, levando-se em consideração a comparação entre os 10% mais pobres, que percebem apenas 1% do rendimento total da população, com o 1% mais rico, que detém quase 14% do rendimento total da população, mostra o abismo entre brancos e negros na apropriação da renda nacional. Isto porque, entre o 1% mais rico, quase 88% deles são de cor branca, enquanto entre os 10% mais pobres quase 68% são negros. (IPEA, 2001, p.26)

A constatação de que a maior parte dos afro-descendentes brasileiros pertence aos segmentos de menor renda *per capita* da população e que os afro-descendentes ricos são bem menos ricos que os brancos ricos nos permite falar que existem dois "Brasis": um "Brasil branco" mais rico e mais desigual e um "Brasil negro" mais pobre e mais homogêneo.

O "Brasil branco" é 2,5 vezes mais rico que o "Brasil negro". Ao longo de toda a distribuição, sem nenhuma exceção sequer, a renda média dos "Brasil branco" é maior que a renda média do "Brasil negro".(IPEA, 2001, p.21)

---

[7] Todos os indicadores sociais aqui apresentados foram retirados da Síntese de Indicadores Sociais 2002, do IBGE e da pesquisa intitulada " Desigualdade racial no Brasil" do IPEA.

Não podemos negar a realidade estampada diante dos nossos olhos onde os negros estão associados às posições inferiores, seja na vida real, seja nas telenovelas. Em muitos setores os negros brasileiros chegam a ser completamente invisíveis:

Apesar de a segregação racial ter sido há muito tempo banida da legislação pátria, podemos constatar que no Brasil a categoria cor ou raça, compreendida como atributo socialmente elaborado, é fator diferencial que está no cerne da persistente desigualdade constatada entre brasileiros brancos e afro-descendentes (SISS, 2003, p.15).

Até mesmo em posições que requerem pouca ou nenhuma qualificação a desequiparação entre brancos e não-brancos é evidente. O salário de um trabalhador rural sem qualificação branco é o dobro do de um afro-descendente, considerando-se as mesmas condições (IPEA, 2001, p.39).

Apesar de os números mostrarem a profunda desigualdade social entre brancos e afro-brasileiros, mesmo nos casos em que não há nada que, com exceção da cor da pele, justifique essa grande diferença, algumas pessoas continuam a afirmar que, com políticas sociais universalistas dirigidas à população pobre, o problema da desigualdade racial também se resolveria.

Ora, parece-nos que a particularidade racial não pode ser esquecida, mesmo quando falamos de políticas sociais universalistas, sob pena de perpetuar o atual e persistente quadro de verdadeiro fosso racial. Até porque, apesar da melhoria geral nos índices sociais brasileiros, a distância que separa brancos de afro-brasileiros continua intacta ao longo das gerações.

Cumpre-nos ressaltar, no entanto, que o uso das ações afirmativas não impede o aprofundamento das políticas sociais universalistas. Antes, pelo contrário: o ideal é que as duas formas de enfrentamento das desigualdades (ação afirmativa e políticas sociais universalistas) possam e devam caminhar conjuntamente.

5.2 Raça x educação

Quando fazemos uma conexão entre exclusão racial e educação, o quadro apresentado acima se torna ainda mais preocupante. Alijados das boas escolas e universidades, os afro-brasileiros se vêem diante de um círculo vicioso de pobreza, insucesso escolar e marginalização, que impede seu desenvolvimento e acesso a posições melhor remuneradas no mercado de trabalho (GOMES, 2001 p.20).

Desde a década passada as taxas de analfabetismo da população com mais de 15 vêm caindo. No entanto, quando se analisa separadamente os dados do “Brasil branco” e do “Brasil negro”, constata-se que entre os afro-descendentes essa taxa é, em média, duas vezes mais alta do que entre os brancos, em todas as regiões do País (IBGE, 2003, p. 164).

Se o ensino superior brasileiro continua sendo privilégio de poucos, sejam brancos ou negros, esse fato se acentua absurdamente no caso dos alunos negros. As

pesquisas mostram que 89% dos brancos entre 18 e 25 anos não haviam ingressado na universidade, enquanto a exclusão dos jovens negros nessa mesma faixa de idade, chega a 98%. Isto é: apenas 2% dos negros têm acesso ao ensino superior (IBGE, 2003, p. 165). O Brasil das ruas é, em grande parte, branco e negro. Mas o Brasil das universidades é quase que totalmente branco.

A porcentagem das pessoas com menos de 4 anos de estudo, tecnicamente denominadas analfabetos funcionais, também vem caindo de forma desigual para a população, segundo a cor ou raça. Na população negra de mais de 15 anos, 36% permanecem nessa condição, enquanto na população branca este percentual alcança a 20,2%. Em todos os estados do Nordeste os índices são ainda mais elevados, chegando os analfabetos funcionais a constituir a maioria da população de afro-descendentes no Piauí, Ceará, Paraíba e Alagoas (IBGE, 2003, p.164).

Portanto, apesar da melhoria nos níveis de escolaridade de toda a população brasileira ao longo do século XX, o padrão de discriminação racial, exposto na diferença da escolaridade entre brancos e afro-brasileiros, manteve-se estático. Temos, então, que:

> [...] a escolaridade média de um jovem negro com 25 anos de idade gira em torno de 6,1 anos de estudo; um jovem branco da mesma idade tem cerca de 8,4 anos de estudo. O diferencial é de 2,3 anos. Apesar da escolaridade de brancos e negros crescer de forma contínua no século XX, 2,3 anos de estudo é a *mesma diferença observada na escolaridade média dos pais desses jovens*. E, de forma assustadoramente natural, *encontra-se a mesma diferença entre os avós desses jovens*. Assim, brancos e negros olham um para o outro durante um século e, do ponto de vista relativo, situam-se estritamente na mesma posição. Como paralelas mergulhadas na inércia da eternidade, brancos e negros não se encontram (HENRIQUES, 2003, p. 14). (Grifo nosso)

5.3 Cotas raciais para o acesso à universidade: constitucional?

Diante das pressões do movimento negro e da emergência dos escandalosos dados que afirmam e reafirmam o absurdo precipício sócio-econômico que separa brancos e negros no Brasil, ganhou força no cenário político nacional o debate acerca da adoção das cotas raciais. No entanto, o tema suscita as mais diversas opiniões na comunidade jurídica brasileira, mostrando a necessidade de se analisar a existência ou não de respaldo constitucional dessas políticas, em face do já tardio e inadiável desafio de construir uma sociedade mais justa, igualitária e tolerante.

A divergência de opiniões se acirrou com a edição, no Estado do Rio de Janeiro, da Lei nº 3.708, de 09 de novembro de 2001, que institui cota de até 40% para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e à Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF).

Em face da incontestável situação de fragilidade social a que os afro-brasileiros estão submetidos, e da importância da educação para a ruptura de um círculo vicioso

que tolhe o direito dos afro-brasileiros a terem direitos[8] e, por fim, diante do fato de a cota para acesso à universidade representar uma medida de promoção da igualdade de oportunidade, coisa que a mera prescrição normativa de proibição da discriminação não alcança, pretendemos valer-nos de tudo o que já foi exposto até aqui a respeito dos princípios constitucionais e ações afirmativas para responder às seguintes questões:

1. A adoção de uma política de cotas raciais para o acesso à universidade fere o Princípio da Igualdade inscrito na Constituição Federal de 1988?
2. É possível definir critérios gerais capazes de estabelecer em que condições é lícito a adoção de uma política de discriminação racial positiva?

5.3.1 Critérios gerais de aferição da constitucionalidade das cotas

Não se pode negar que a política de cotas traz, no mínimo, uma aparente violação ao princípio da igualdade. Já foi dito aqui que o princípio da igualdade é um direito fundamental, sustentáculo primeiro do Estado Democrático de Direito e, por isso, é preciso estabelecer sob quais pressupostos se admite um tratamento desigual. É necessário que se faça a análise do caso em questão segundo o mecanismo de ponderação de valores, para que se possa saber se a medida restritiva da igualdade formal é aprovada no teste constitucional da proporcionalidade.

Estabelecendo critérios gerais de aferição da constitucionalidade da ação afirmativa denominada cota, poderemos verificar, com razoável margem de segurança, quando e como as cotas raciais para o acesso à universidade cumprem o objetivo constitucional de construir uma sociedade mais justa e plural, e quando essa medida restritiva da igualdade formal passa a ser arbitrária e inconstitucional.

Por tudo o que já foi dito até aqui, concluímos que os valores éticos e políticos da nossa sociedade, positivados na Carta Constitucional sob a forma de princípios, permitem, e ousamos dizer que muitas vezes ordenam, o estabelecimento de elementos discriminatórios, buscando, dessa forma, a igualdade pela diferenciação. (ATCHABAHIAN, 2004, p. 79)

Na Constituição Federal de 1988, já no "Título I", que trata dos Princípios Fundamentais da República brasileira, podemos observar dispositivos com nítida inspiração do constitucionalismo social, como, por exemplo, o comando de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, CF, 1988).

---

[8] Parafraseando a filósofa alemã Hanna Arendt.

É importante ressaltarmos que os verbos utilizados no dispositivo normativo que descreve os objetivos da República que denotam ação – construir, erradicar, reduzir, promover – designam um comportamento ativo. Portanto, "se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos".(ROCHA, 1996, p. 93)

É justamente esta a semente revolucionária que o constitucionalismo social, que encontrou terreno fértil em nossa Constituição, implantou no princípio da igualdade: desequiparar para igualar.

Por tudo isso, parece-nos que uma política afirmativa de cotas raciais para o acesso a universidade estaria em consonância com os princípios inscritos explicita ou implicitamente em nossa Carta Constitucional.

No entanto, fazer uma afirmação genérica e abstrata sobre a questão da constitucionalidade das cotas raciais parece ser temeroso. A análise do critério discriminatório escolhido, do nexo entre a discriminação efetuada e o fim lícito perseguido e até mesmo da intensidade da reserva, deve ser feita utilizando-se a mais moderna doutrina. Esta aponta para uma interpretação da Constituição que nos remete a um exercício de ponderação de valores, levando-se em consideração que o grau de razoabilidade de determinada medida somente pode ser demonstrada com a análise do caso em concreto.

A utilidade de critérios gerais para a aferição da constitucionalidade é imensa, pois poderá, com margem razoável de segurança, afastar a possibilidade da adoção de cotas com parâmetros arbitrários (ATCHABAHIAN, 2004, p. 80).

Não resta dúvida que o procedimento da discriminação positiva não pode se fundar em critérios imutáveis, fixos e absolutos, sob pena de tornar-se arbitrária e, portanto, negativa. Deve haver um nexo racional entre o tratamento diferenciado e o fundamento que justifica esse tratamento.

Como bem explica Mello (2004, p. 17), não se deve buscar simplesmente no elemento escolhido como fator de discriminação, seja ele raça, sexo, credo, etc., algum desacato ao princípio da isonomia. Ou seja, nada haveria de irrazoável na abertura de concurso público que só admitisse pessoas do sexo masculino (desequiparação em razão do sexo) para a função de guarda de penitenciária masculina.

O ponto fulcral da questão em tela reside na correlação "fator de discriminação, desequiparação pretendida e finalidade almejada". *Portanto, deve-se avaliar, de um lado, o fator que é adotado como critério discriminatório; e de outro, se há um fundamento lógico para a discriminação ou desequiparação pretendida, em função do fator de discriminação adotado, na busca da finalidade almejada. Finalidade esta, que deve estar respaldada nos valores prestigiados pelo sistema normativo constitucional.*

Então, no caso em tela temos a seguinte situação:

1. *Fator(es) de discriminação*[9] *adotado(s):* raça/cor da pele;
2. *Tratamento diferenciado*: cota; e
3. *Finalidade(s)*: De maneira geral a finalidade é reduzir a exclusão socioeconômica a que os afro-brasileiros estão cruelmente, mais do que qualquer outro grupo, destinados. Como finalidades específicas podemos citar: a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso dos brancos e afro-brasileiros ao bem fundamental 'educação', a promoção da igualdade de oportunidade e a indução de transformações de ordem cultural, aptas a eliminar do imaginário coletivo a idéia de subordinação de uma raça em relação à outra, por meio da maior representatividade dos afro-brasileiros em diversos domínios da atividade pública e privada.

Tentaremos, então, responder à questão chave:

Dado o fator discriminatório adotado (raça/cor da pele), existe fundamento lógico no tratamento desequiparado pretendido (cotas raciais para o acesso ao ensino superior), na busca da finalidade almejada (inclusão socioeconômica dos afro-brasileiros)?

Ou seja, buscaremos experimentar se as cotas raciais para o acesso às universidades passam no teste de aferição de constitucionalidade, segundo os critérios identificados.

Para responder com segurança tal questão, temos que destrinchá-la e analisá-la por partes. Essa conduta certamente nos conduzirá ao deslinde de tão intrincado problema.

Três questionamentos deverão ser analisados:

1. O fator raça/cor da pele pode ser identificado como traço gerador de exclusão sócio-econômica?;
2. A promoção do acesso dos afro-brasileiros ao ensino superior (cota) é fator potencializador da redução da desigualdade social existente entre brancos e negros (finalidade almejada)?; e
3. As finalidades almejadas por esta ação afirmativa estão em harmonia com os valores constitucionais?

Primeiramente, cumpre-nos perguntar: *O fator raça/cor da pele pode ser identificado como traço gerador de exclusão sócio-econômica?*

No item 1 deste capítulo dissertamos exaustivamente sobre o verdadeiro fosso social que separa brancos e negros em nosso país. Pudemos observar também, para desespero daqueles que teimam em acreditar na mitológica democracia racial brasi-

---

[9] Relembrando: a discriminação que a ação afirmativa impende adotar é a chamada discriminação positiva, isto é, a discriminação que não busca segregar, e sim reparar uma desigualação iníqua.

leira, que apesar de os índices sociais terem apresentado sensíveis melhoras na última década, a distância entre brancos e afro-descendentes, notadamente na área da educação, não se alterou.

Os números fornecidos pelas PNADs[10] mostram que a variável raça, enquanto um atributo ideologicamente construído, opera como um princípio racial classificatório, sobre o qual as desigualdades são produzidas e reproduzidas de modo ininterrupto (SISS, 2003, p.73).

O argumento de que no Brasil a maioria das pessoas é pobre e que, por isso, políticas públicas de caráter universalistas seriam mais eficazes, nega a existência de desigualdades raciais em nosso país. No entanto, os dados coletados e divulgados pelo IBGE, IPEA e ONU reforçam a tese de que a desigualdade racial entre nós é grande e não se atenua apenas com a adoção de políticas universalistas que desconsiderem o quesito raça.

Não estamos defendendo a tese de que a raça ou a cor é, em si, o motivo para o retardado desenvolvimento social dos afro-brasileiros. Creditamos esse quadro a um passado escravocrata e a uma igualdade jurídico-formal que nunca se empenhou em incluir aqueles que foram escravizados, nem em mitigar as disparidades socioeconômicas dos afro-descendentes.

Os números e estatísticas mostrados neste trabalho apontam, de maneira contundente, que o fator racial é um traço capaz de explicar a peculiar situação de exclusão a que estão submetidos os afro-brasileiros.

Reafirmamos aqui, rapidamente, que não estamos desconsiderando a importância das políticas sociais de caráter universalista, mas a insuficiência destas para interromper a desigualdade racial que se perpetua. É neste ponto que se evidencia a correlação entre fator escolhido adotado (raça/cor) e finalidade almejada (inclusão socioeconômica dos afro-brasileiros).

Considerando a afirmação de que o fator raça pode ser apontado como traço gerador de exclusão socioeconômica, devemos, agora, partir para o próximo passo no teste de aferição da constitucionalidade das cotas raciais de acesso às universidades. Buscaremos, nesta etapa, identificar se a discriminação em favor dos afro-brasileiros para o acesso ao ensino superior demonstra ser potencializador das finalidades que se pretende atingir.

Passaremos à segunda questão buscando a existência, ou não, de correlação entre acesso dos afro-brasileiros ao ensino superior e inclusão social dos mesmos. Neste ponto, a pergunta a ser feita é a seguinte: *A promoção do acesso dos afro-brasileiros ao ensino superior (cota) é fator potencializador da redução da desigualdade social existente entre brancos e negros (finalidade almejada)?*

---

[10] A Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios - PNDA é um levantamento realizado anualmente pelo IBGE.

Os jovens afro-brasileiros não conseguiram ingressar de modo representativo no ensino superior de nosso país. Já demonstramos que esses jovens têm, em média, 2,3 anos de estudo a menos que os jovens brancos. Além disso, 98% dos jovens afro-brasileiros entre 18 e 25 anos não têm acesso à universidade. As pesquisas mostram que existem barreiras racialmente seletivas que obstaculizam os processos de implementação da cidadania dos afro-brasileiros, como também a mobilidade vertical ascendente para os membros desse grupo (SISS, 2003, p. 10 e 72).

De acordo com os dados do PNAD (IBGE, 2003, p.165), independente da região geográfica considerada, o segmento racial branco obtém maiores índices de escolarização e, consequentemente, rendimentos do que os afro-brasileiros, o que vem sendo mantido. Esse é o círculo vicioso que perdura e relega os afro-brasileiros a posições de menor *status* econômico. O fato de ser um jovem afro-brasileiro parece implicar num nível mais baixo de escolaridade, independentemente do nível de renda familiar (MOHELECK, 2004, p.47). Esses dados são importantes porque indicam de forma muito contundente que a questão da cor é um dos aspectos constitutivos do fenômeno da desigualdade. Mais uma vez, resta claro que o discurso liberal, que só consegue ter olhos voltados para uma igualdade jurídico-formal, faz com que o Direito adote uma postura jurídica que visa tão somente as práticas racistas, desprezando o papel positivo e afirmativo do Estado no combate a essa discriminação estrutural.

Alguns números retirados do extinto Exame Nacional de Cursos esmiuçaram a desigualdade racial no ensino superior. Estratificada por cor ou raça, - classificação essa que os estudantes se auto-atribuíam - foi traçado o perfil de 197 mil alunos formandos dos diversos cursos submetidos a esse exame. Nos 18 cursos superiores analisados pelo MEC, no exame de 2000, os Afro-Brasileiros foram representados por apenas 15% dos formandos, muito embora eles constituam 46% da população nacional.

Os índices de desigualdade racial, no interior de cada curso são elevadíssimos. Por exemplo, nos cursos de Direito havia 12,8% de Afro-Brasileiros para 84,1% de brancos e 1,9% de descendentes de asiáticos. Nos cursos de Medicina Veterinária, havia 10.6% de alunos Afro-brasileiros para 84,9% de alunos brancos e 3,7% de descendentes de asiáticos, muito embora esse último segmento represente apenas 0,5% da população nacional. Em Odontologia, os Afro-Brasileiros formavam 9,1% dos formandos; os brancos 85,8% e os descendentes de asiáticos 4,4%.

Dos alunos submetidos ao Exame Nacional de Cursos, os que se auto-identificaram como brancos somavam 80% da totalidade dos alunos (e 53,4% da população nacional), estando portanto super-representados, tanto em relação ao total da amostra, como no interior de cada curso. Os Afro-Brasileiros, muito embora somassem 46% da população nacional, formavam apenas 15,7% do total da amostra estando portanto sub-representados, tanto no total da amostra, como também no interior de cada curso.

O papel que a variável educação pode desempenhar no processo de implementação da cidadania dos afro-brasileiros parece-nos fundamental, uma vez que a edu-

cação guarda estreita relação com a inserção de membros desse grupo no mercado de trabalho.

A educação é uma das barreiras que explicam a invisibilidade dos negros em nossa sociedade. Afinal, a universidade tem função de destaque na vida social e cultural de um país. Inclusive, um dos seus principais objetivos é estender a toda a comunidade as idéias e as ações nela cultivadas.

Tudo o que foi dito indica que a maior presença dos afro-brasileiros nas universidades, por meio das cotas raciais, é um passo a mais no importante caminho em direção à igualdade material, na medida em que cria rupturas no círculo vicioso de baixa escolaridade e baixos rendimentos a que os afro-brasileiros estão submetidos.

Leve-se em consideração também o caráter psicológico-cultural desta medida. Nós, brasileiros, precisamos habituar-nos a ver negros professores, médicos, juizes, empresários, parlamentares, etc. Quanto mais a diversidade da nossa população estiver representada nas universidades, maior a possibilidade de todos, independentemente de cor ou raça, se colocarem lado a lado no mesmo ponto de partida que só a igualdade de oportunidades pode estabelecer. Dessa forma, as medidas afirmativas, que forçosamente furam os bloqueios invisíveis ao avanço dos afro-brasileiros, das mulheres, etc., trazem em si o germe da sua própria destruição, pois seu objetivo último é a construção de uma sociedade onde medidas dessa natureza sejam dispensáveis.

A medida legal que estabelece o sistema de cotas se tornará inconstitucional a partir do momento em que for verificada a extinção da distorção que ensejou tal medida.

A norma que estabelece a cota deve, portanto, trazer a previsão da sua constante revisão, uma vez que tal medida é destinada a corrigir uma distorção e a fazer com que essa distorção seja dissolvida ao longo do tempo.

Por fim, não pode a desequiparação pretendida (no caso em tela, a cota para afro-descendentes), vetar completamente, ou reduzir de forma muito drástica, as chances de participação dos membros da “maioria” (neste caso, os não-negros). Por exemplo: Careceria de razoabilidade a medida que estabelecesse cota de 80% para afro-brasileiros no acesso à universidade. Ora, vimos que os afro-descendentes compõem 46% de nossa população. Uma cota de 80% não encontraria proporcionalidade; na realidade, tornar-se-ia verdadeira discriminação negativa em desfavor da “maioria”.

Um sistema de cotas flexível, que respeite as particularidades de cada região (porcentagem da população negra, número de vagas nas universidades, etc), parece ser a medida mais razoável.

Respondidas as duas questões anteriores, resta agora uma última indagação para afirmarmos que a cota de acesso para afro-brasileiros ao ensino superior passa no teste de aferição de constitucionalidade, segundo os critérios acima citados.

Neste teste de aferição de constitucionalidade, resta-nos esclarecer uma última questão: *A finalidade almejada por esta ação afirmativa está em harmonia com os valores constitucionais?*

Por tudo o que já foi dito neste trabalho, não parece necessário, repetitivo que seria, nos alongarmos na resposta à essa questão.

Já vimos que a finalidade desta modalidade de cota é, por meio da promoção da igualdade de oportunidade, reduzir o circulo vicioso de exclusão sócio-econômica a que os afro-brasileiros estão, mais do que qualquer outro grupo, submetidos.

A nossa Constituição está permeada pelos valores do constitucionalismo social. Ela é pródiga em princípios que não só possibilitam a adoção de ações afirmativas, como também criam verdadeiros comandos para sua implementação. E mais: a Constituição ainda traz regras afirmativas específicas, como por exemplo, a proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos (artigo 7º, XX) e a previsão de reserva de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (artigo 37, VIII).

Portanto, diante da lamentável situação socioeconômica a que estão submetidos os afro-brasileiros, as pesquisas citadas anteriormente demonstram que o simples fator 'cor da pele' é uma especificidade a ser considerada para a persistente manutenção desse quadro, e pela opção de nossa Constituição por uma postura ativa no sentido de mitigar as desigualdades, parece-nos que as finalidades almejadas pela política afirmativa de cotas raciais para o acesso à universidade estão em harmonia com os princípios inscritos explícita ou implicitamente em nossa Carta Constitucional.

As três questões acima colocadas, quais sejam: se o fator raça/cor da pele pode ser identificado como traço gerador de exclusão sócio-econômica; se a promoção do acesso dos afro-brasileiros ao ensino superior (cota) é fator potencializador da redução da desigualdade social existente entre brancos e negros (finalidade almejada); e se as finalidades almejadas por esta ação afirmativa estão em harmonia com os valores constitucionais, foram respondidas.

Com as respostas positivas dadas à trinca de interrogações, acreditamos ter estabelecido a correlação lógica entre o fator discriminatório adotado (raça/cor da pele) e o tratamento desequiparado pretendido (cotas raciais para o acesso ao ensino superior), na busca da finalidade almejada (inclusão socioeconômica dos afro-brasileiros).

Estabelecida essa correlação e estando a finalidade almejada em harmonia com os valores constitucional, entendemos que a cota racial de acesso à universidade passa no teste de aferição de constitucionalidade.

6. Considerações finais

Há pouco mais de quatrocentos anos, os primeiros africanos foram trazidos ao nosso país. Chegando aqui, na condição de escravos, eles eram subjugados e reduzidos ao status de "coisa".

Se hoje a exclusão dos afro-brasileiros do sistema de ensino não é legalmente prevista, ela perdura por meio do círculo vicioso de exclusão social, insucesso escolar

e marginalização no mercado de trabalho, que impede seu desenvolvimento e acesso aos postos mais bem remunerados.

Apesar da profunda desigualdade social entre brancos e afro-brasileiros, mesmo nos casos em que não há nada, com exceção da cor da pele, que justifique essa grande diferença, algumas pessoas continuam a afirmar que com políticas sociais universalistas dirigidas à população pobre o problema da desigualdade racial se resolveria.

No entanto, quando falamos de políticas sociais universalistas nos parece que não podemos nos olvidar da particularidade racial, sob pena de perpetuar o atual e persistente quadro de verdadeiro fosso socioeconômico que separa brancos de afro-descendentes, em prejuízo destes. Essa realidade é demonstrada no fato de que apesar da melhoria geral nos índices sociais brasileiros, a distância que separa brancos de afro-brasileiros perdura ao longo das gerações. Os afro-brasileiros ocupam a base da pirâmide social em praticamente todas as variantes do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH.

Tendo em vista que o nosso constitucionalismo social não se contenta em declarar os direitos sociais e, diante das pressões do movimento negro e da emergência dos escandalosos dados que afirmam e reafirmam o absurdo precipício socioeconômico que separa brancos e negros no Brasil, ganhou força no cenário político nacional o debate acerca de um tipo de ação afirmativa denominada cota racial. No entanto, o tema suscita as mais diversas opiniões na comunidade jurídica brasileira, mostrando a necessidade de se analisar o respaldo constitucional, ou não, dessas políticas em face do já tardio e inadiável desafio de construir uma sociedade mais justa, igualitária e tolerante.

O presente trabalho apresentou como objetivo principal confrontar a medida afirmativa denominada cota, na sua versão “cota racial para o acesso ao ensino superior”, com o princípio da igualdade inscrito na Constituição de 1988 e aferir a sua constitucionalidade.

Observamos que tratamento mais favorável dispensado a quem está em situação de desvantagem, devido a uma discriminação pretérita com efeitos que se estendem até hoje, não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário: pretende viabilizar a isonomia material.

No Brasil, o ensino superior continua sendo privilégio de poucos; esse fato se acentua absurdamente no caso dos afro-brasileiros. As pesquisas mostradas neste trabalho apontam que 98% dos afro-descendentes entre 18 e 25 anos não haviam ingressado na universidade, isto é, apenas 2% dos negros têm acesso ao ensino superior (IBGE, 2003, p. 165). O Brasil das ruas é, em grande parte, branco e negro. Mas o Brasil das universidades é quase que totalmente branco.

Partimos, então, para a fixação de critérios gerais de aferição da constitucionalidade da ação afirmativa denominada cota. Buscamos, com isso, aferir, com razoável margem de segurança, quando e como as cotas raciais para o acesso à universidade

cumprem com o objetivo constitucional de construir uma sociedade mais justa e plural, e quando essa medida restritiva da igualdade formal passa a ser arbitrária e inconstitucional.

Estabelecemos tais critérios levando em consideração, de um lado, o fator que é adotado como critério discriminatório (raça/cor); e de outro, se há um fundamento lógico para a discriminação ou desequiparação pretendida (cota), em função do fator de discriminação adotado, na busca da finalidade almejada (inclusão racial). Finalidade, esta, que deve estar respaldada nos valores prestigiados pelo sistema normativo constitucional.

Estabelecidas essas correlações e verificando que a finalidade almejada pelas cotas está em harmonia com os valores constitucionais, concluímos que a cota racial de acesso à universidade passa no teste de aferição de constitucionalidade.

Afirmamos também, neste trabalho, que a medida legal que estabelece o sistema de cotas se tornará inconstitucional a partir do momento em que for verificada a extinção da distorção que ensejou tal medida. A cota só é justificável se for para corrigir uma distorção e fazer com que essa distorção seja dissolvida ao longo do tempo. Seu objetivo último é a construção de uma sociedade onde medidas dessa natureza sejam dispensáveis.

Por fim, ressaltamos que a desequiparação pretendida (no caso em tela, a cota para afro-descendentes) não pode vetar completamente, ou reduzir de forma muito drástica, as chances de participação dos membros da "maioria" (neste caso, os não-negros), sob pena de inconstitucionalidade.

Não pretendemos, aqui, destruir a noção de mérito, advogar uma homogeneização das pessoas, uma pasteurização de culturas e tradições, o fim das individualidades. Não é disso que trata a questão posta em tela. No entanto, consideramos odioso e, frente aos valores da Constituição pátria, inconstitucional o apego desmedido a uma igualdade de fachada, que nunca se materializa, que nunca se converte numa igualdade de oportunidades. Parece-nos claro que as cotas isoladamente não corresponderão aos anseios de uma maior equidade racial. Pode até ser que elas, na prática, mostrem não ser um instrumento eficiente rumo à igualdade desejada; no entanto, os eventuais receios não podem servir de pretexto para que a situação permaneça nesse vergonhoso patamar que se reproduz indefinidamente. Os negros brasileiros são invisíveis; nós não os vemos nas novelas, nos tribunais, no parlamento e nas universidades. Não que eles não estejam lá, estão sim. Mas geralmente ocupando postos considerados de menor *status* social, e quase sempre dentro de um uniforme que descarateriza a personalidade.

É chegada a hora de resgatarmos esse terrível débito para com os afro-descendentes e construirmos uma sociedade que expresse, em todos os níveis, a sua diversidade. Uma sociedade mais justa, tolerante, equânime e sem homens e mulheres invisíveis.

Referências bibliográficas

ATCHABAHIAN, Serge. *Princípio da igualdade e ações afirmativas.* São Paulo: RCS Editora, 2004.

BARRETTO, Vicente. *A natureza ética do liberalismo e do capitalismo*. *In*: Faculdade de Direito da UERJ, 01 jun. 2005. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/vicente_barreto/vb_4.html> Acesso em: 09 de junho de 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamento de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ed., São Paulo: Saraiva, 2001a.

— *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, vol.I, n.6, setembro, 2001b. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/>. Acesso em 25 maio 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional***.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3 ed., Rio de Janeiro: Malheiros, 1999.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

GUEDES, Marco Aurélio. *A Evolução dos direitos fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1849 a 1949*. *In*: Faculdade de Direito da UERJ, 18 Jun. 2005. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_evolucao_alemaes.html>. Acesso em: 27 Jun 2005.

HENRIQUES, Ricardo. *Silêncio – o canto da desigualdade racial***.** In: Racismos contemporâneos. Rio de Janeiro: Ed. Takano, 2003.

HERNANDEZ, T. K. *An exploration of the efficacy of class-based approaches to racial justice: the cuban context.* U.C. Davis Law Review. University of California at Davis, v. 33, n. 4, p.1. 135-1.171, summer 2000.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais 2002*. Rio de Janeiro: IBGE, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 1990.

— *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

MOEHLECKE, Sabrina. *Fronteiras da igualdade no ensino superior*. 2004. 231f. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

— *Ação afirmativa: História e debates no Brasil*. São Paulo: Cad. Pesqui., Nov 2002, nº. 117, p.197-217.

MORAES, Filomeno. *O que é poder? Algumas considerações tendo em conta as conjunturas internacional e brasileira***.** *In*: O poder, o controle social e o orçamento público, Fundação Konrad Adenauer. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora: 2005. p. 25-38.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

— *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

— *Princípios constitucionais da administração pública***.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

— *Ação afirmativa – O Conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica***.** *In:* Revista Trimestral de Direito Público nº 15, 1996.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 342, 14/06/2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>. Acesso em: 20/05/2005. *Os efeitos persistentes do passado escravocrata brasileiro*

SISS, Ahyas. *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa*. Rio de Janeiro: Quartet; Niterói: PENESB, 2003.

IV. Derechos humanos regionales e internacionales

- *Alirio Abreu Burelli (Venezuela)*
  Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

- *Miguel Carbonell (México)*
  Desconstitucionalizar la xenofobia: una propuesta desde México

- *Jaime Córdoba Triviño (Colombia)*
  Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano

- *Teresa del Pilar de la Torre Salazar (Perú)*
  Trata de mujeres con fines de explotación sexual: una violación a los derechos humanos en el Perú

- *Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú)*
  Reflexiones sobre la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros, relativo a la aplicación de la pena de muerte en Trinidad y Tobago

Alirio Abreu Burelli (Venezuela) *

Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)

I. Introducción

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) es un órgano de protección creado y regulado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención) y definido por el Estatuto de la Corte como una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención. La Corte ejerce su jurisdicción a través de su competencia consultiva o contenciosa; esta última sólo respecto a los Estados americanos que han aceptado someterse a su jurisdicción.[1]

2. La función que ejerce la Corte, como órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados.[2] La responsabilidad primaria y

---

* Juez y vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ‹alirioabreu@yahoo.com›

[1] El artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone: "1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión a la Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatorio y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 2. […] 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial".

[2] Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

fundamental de protección de los derechos de la persona humana corresponde a los Estados conforme a sus Constituciones políticas y sus leyes, y al artículo 1 de la Convención respecto a los Estados partes en ella.[3]

3. Los derechos protegidos por la Convención están determinados por ésta (artículos 3 a 25), por el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (artículos 8 y 11), por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII) y por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, esta última aplicable en razón de la interpretación jurisprudencial de la Corte.

4. En relación con la independencia judicial, la Corte ha invocado en algunas de sus decisiones la jurisprudencia de la Corte Europea, así como diversos instrumentos internacionales entre los cuales cabe destacar: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, 10 de diciembre de 1948; el *Pacto de los Derechos Civiles y Políticos*, diciembre de 1966; los *Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de Delincuente, celebrado en Milán entre el 26 de agosto y 6 de septiembre de 1985; la *Carta Democrática Interamericana*, aprobada en septiembre de 2001. En sentencia de 31 de enero de 2001, en el caso del *Tribunal Constitucional*, la Corte invocó los artículos 93 y 201 de la Constitución de Perú, así como los artículos 1 y 13 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal.

En su jurisprudencia constante, la Corte ha considerado que las normas constitucionales, legales o convencionales sobre independencia judicial son de naturaleza imperativa (*ius cogens*), y deben ser observadas y respetadas en todo procedimiento o trámite penal, civil, laboral, administrativo o de cualquier índole que decida sobre derechos de la persona, por ser la independencia del juez y de los tribunales uno de los fundamentos esenciales del debido proceso.

El principio 6 establecido por la Organización de las Naciones Unidas sobre Independencia de la Judicatura autoriza y obliga a los jueces a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto al derecho de las partes.[4]

---

[3] El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente Pacto […]".

La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, en su artículo 1. dispone: "Los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana partes en la presente Carta, reconocen los derechos, deberes y libertades enunciados en esta Carta y se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para hacerlas efectivas".

[4] Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, citados en el párrafo 4 de este escrito.

5. Puede afirmarse, y así lo ha reconocido la doctrina jurídica, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una valiosa jurisprudencia sobre independencia e imparcialidad de los tribunales y de los jueces, comprendida dentro del sentido, el alcance y la aplicación de otras disposiciones convencionales, que ha contribuido decisivamente a la interpretación de los textos legales sobre esta materia.

6. La jurisprudencia de la Corte, en ejercicio de su competencia consultiva, se expresa en opiniones consultivas, y en su competencia contenciosa, en sentencias sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones, medidas provisionales y, eventualmente, sobre interpretación de la sentencia cuando es oportunamente solicitada por alguna de las partes. La Corte ha emitido diecinueve opiniones consultivas y ha dictado más de doscientas sentencias. Las sentencias tienen efecto vinculante para los Estados que han sido partes en procesos ante la Corte,[5] y generalmente se ha atribuido a las opiniones consultivas gran valor y trascendencia en la jurisprudencia de tribunales internos de los Estados americanos.[6]

7. La independencia del Poder Judicial, como consecuencia de la separación de poderes en un sistema democrático, y la independencia de los jueces, como un derecho de éstos en el ejercicio de sus funciones, y de los ciudadanos en relación con el acceso a la justicia y a las garantías judiciales, ha sido materia reiteradamente tratada y decidida por la Corte, tanto en sus opiniones consultivas como en sus sentencias.

8. Las opiniones consultivas y las sentencias de la Corte al respecto han estado generalmente fundadas en los artículos 8.1 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

El articulo 8.1 dispone:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El transcrito artículo 8, que se refiere a las garantías judiciales, consagra los lineamientos del *debido proceso*, o *derecho de defensa procesal*. Para que exista debido proceso legal, ha dicho la Corte, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

La falta de independencia judicial, que conlleva necesariamente la falta de imparcialidad, y, por ende, la violación del artículo 8 de la Convención, constituye una evidente carencia de igualdad para uno de los litigantes.

---

[5] Artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[6] La Corte Suprema de Justicia de Costa Rica consideró que la opinión consultiva es vinculante para el Estado que la solicita.

> Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.[7]

La riqueza conceptual explícita del artículo 8 comentado ha sido insistentemente destacada y desarrollada por la Corte. En tal sentido ha expresado que:

> […] considera que el artículo 8 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29 inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma debe interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.[8]

El artículo 25 dispone:

> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados se comprometen: a) a garantizar que la autoridad prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar su cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La Corte ha sostenido que los recursos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del *debido proceso legal*, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre dentro de su jurisdicción.

La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de ésta por el Estado en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido —dice la Corte— debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea

---

[7] Opinión consultiva OC-16 (octubre 1999), casos: *Comunidad indígena Yakie Axa*, 17 de junio de 2005; *Herrera Ulloa*, sentencia de 2 de julio de 2004.

[8] Entre otros: caso *Blake*, sentencia de 24 de julio de 2004.

realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

> No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, *cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad* o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquiera otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en un retardo injustificado en la decisión; o por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.[9]

9. La independencia de los tribunales corresponde al principio básico de que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales ordinarios con arreglo a los procedimientos legales establecidos. Por tanto, la independencia de la judicatura, como órgano, es fundamento esencial de la justicia que debe impartir el Estado,[10] así como la independencia personal de los jueces es indispensable para asegurar su imparcialidad y hacer posible que puedan ejercer sus funciones con autonomía y sin presiones,[11] y ambas —independencia de la judicatura e independencia de los jueces— garantizan el derecho al debido proceso de toda persona sometida a juicio de cualquier naturaleza.

II. Garantías judiciales en situaciones especiales

11. La Corte ha asociado los principios de independencia del órgano judicial, así como de los jueces, a la eficacia y validez de las garantías judiciales en situaciones especiales, como la suspensión de garantías y los estados de emergencia, y a la obligación de los Estados de proveer recursos internos eficaces.

12. En la opinión consultiva *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-8/87 de 30 de enero de 1987, la Corte consideró:

> 30. Las garantías deben ser no sólo indispensables sino judiciales. Esta expresión no puede referirse sino a medios judiciales idóneos para la protección de tales derechos, lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplen dentro del estado de excepción.

---

[9] Opinión consultiva OC 9/87 de 6 de octubre de 1987, casos: *Niños de la Calle*, sentencia de 19 de noviembre de 1999; *Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2000.

[10] La Carta Africana, por ejemplo, en su artículo 26, impone a los Estados partes el deber de garantizar la independencia de los tribunales.

[11] El doctor Luis Paulino Mora Mora sostiene que la independencia es un *derecho humano* de los jueces. Véase *Libro Homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, tomo II, Publicación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.

> 40. Si esto es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental.

Igualmente declaró la Corte, en la citada opinión consultiva, que en lo relativo a la suspensión de garantías o declaración de estados de emergencia en los casos de guerra, peligro público u otra emergencia es preciso remitirse al artículo 27 de la Convención Americana. La Corte recuerda que, si se ha decretado debidamente la suspensión de garantías, ésta no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario y que resulta "ilegal toda actuación de los poderes públicos *que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción*". Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a la "necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictamente impuestos por la Convención o derivados de ella".

Agregó la Corte:

> […] los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática. Las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas a las que se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aún bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.

13. En la opinión consultiva *Garantías judiciales en estados de emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-9/87 de 6 de octubre de 1987, la Corte declaró:

> 20. La Corte examinará en primer lugar qué son, de conformidad con la Convención, "las garantías judiciales indispensables" a las que alude el artículo 27.2 de la misma. A este respecto, en anterior ocasión, la Corte ha definido, en términos generales, que por tales garantías deben entenderse "aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo (27.2) y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud […]". Asimismo ha subrayado que el carácter judicial de tales medios "implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción".

III. Independencia, imparcialidad y competencia

14. La independencia, como se ha dicho, es fundamental para asegurar la imparcialidad de los tribunales y de los jueces. La Corte Europea, citada por la Corte Interamericana, ha señalado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber:

> Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática, y sobre todo, en las partes del caso.[12]

La imparcialidad de un tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia:

> El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo perjuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.[13]

15. La Corte Interamericana ha considerado igualmente que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del *debido proceso*. El derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye, a juicio de la Corte, un principio básico del debido proceso.

El principio de independencia está vinculado, en algunos casos, a la *competencia* del tribunal. En tal sentido, ha dicho la Corte, *el Estado no debe crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios, pues la garantía del debido proceso puede estar amenazada.* La actuación de *tribunales militares* en asuntos ajenos a su competencia ha sido reiteradamente considerada por la Corte como violatoria de la garantía del debido proceso. En el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, la Corte se pronunció en el sentido de que el proceso adelantado contra el señor Cantoral Benavides por la justicia militar violó lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana, referente al enjuiciamiento por juez competente, independiente e imparcial. En consecuencia, dijo la Corte, el hecho de que Cantoral

---

[12] Corte Europea, caso *Pabla KY vs. Finlandia*, sentencia de 26 de junio de 2004 y caso *Morris vs. Reino Unido*, sentencia 26 de febrero de 2002.

[13] Caso *Palamara Iribarne*, sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Benavides hubiera sido puesto a disposición de un juez penal militar no satisfizo las exigencias del artículo 7.5 de la Convención. Asimismo, la continuación de la privación de su libertad por órdenes de los jueces militares constituyó una detención arbitraria, en los términos del artículo 7.3 de la Convención. En la misma sentencia la Corte consideró:

> Es necesario señalar que la jurisdicción militar se establece en diversas legislaciones para mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Por ello, su aplicación se reserva a los militares que hayan incurrido en delitos o faltas en el ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias […] El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, como sucede en este caso, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. Al respecto, la Corte ha dicho que "cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho a la justicia".[14]

En un Estado democrático de derecho, la jurisdicción militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a las funciones que la ley asigna a las fuerzas armadas. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Por lo que respecta a la afirmación sobre la parcialidad y dependencia de la justicia militar, es razonable —dice la Corte— considerar que los funcionarios del fuero militar que actuaron en el proceso encaminado a investigar los sucesos de El Frontón carecían de la imparcialidad e independencia requeridas por el artículo 8.1 de la Convención para investigar los hechos de una manera eficaz y exhaustiva y sancionar a sus responsables.

> Como ha quedado establecido, los tribunales que conocieron los hechos relacionados con dichos sucesos, "constituyen un alto Organismo de los Institutos Armados", y militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial".[15]

Igualmente dijo la Corte:

> […] en un caso como el presente [*Lori Berenson Mejía vs.Perú*][16] la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las fuerzas armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurrectos y juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos. En otra oportunidad (Caso Cantoral Benavides) este Tribunal ha constatado que, "de conformidad con la Ley Orgánica

---

[14] Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999.

[15] Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000.

[16] Caso *Lori Berenson Mejía vs Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004.

> de la Justicia militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares". En virtud de lo anterior, la Corte entiende que los tribunales militares que juzgaron a la presunta víctima por traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos del debido proceso legal.

16. Además de la gravedad de la intervención ilegítima de tribunales militares, la Corte ha destacado que en algunos procesos se ha producido, simultáneamente, la actuación de "jueces sin rostro".

En el ya mencionado caso *Lori Berenson Mejía* la Corte señaló que "[…] la circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria hubieran sido 'sin rostro', determinó la imposibilidad de que el procesado conociera la identidad del juzgador y, por ende, valorara su idoneidad. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces". Cabe observar, en este punto, que la Constitución de Venezuela (1999) incluye, entre los requisitos del debido proceso, la garantía de que ninguna persona puede ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto (artículo 49.4).

IV. Funciones jurisdicciones encomendadas excepcionalmente a órganos no judiciales

Considera la Corte que, si bien es cierto que en razón de la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, reitera la Corte que, cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por tal razón, la Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos de la Convención Americana.

Ha dicho, por tanto, la Corte que, en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes —y, por ende, en ese tipo de materias— al individuo que tiene derecho al debido proceso que se aplica en materia penal. Y agrega:

> Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto "sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

Una de las garantías fundamentales en un régimen democrático es la de la independencia de los jueces y ello, además, es una consecuencia del principio efectivo de separación de los poderes públicos.

De conformidad con la separación de los poderes públicos reconocida en las Constituciones y leyes en los Estados democráticos, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicos pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por esta razón, la Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.[17]

En el citado caso *Tribunal Constitucional*, relativo a la destitución arbitraria de tres magistrados de ese tribunal, la Corte consideró que el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentren en su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención.

Por haberse producido la destitución de los jueces por órgano del Poder Legislativo a través de un juicio político, la Corte hace énfasis en que las "garantías judiciales" contenidas en el artículo 8.1 de la Convención no se limitan a actuaciones judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales.[18]

La actuación judicial posterior en el caso no reparó las infracciones cometidas en el juicio político, pues la Corte estimó que el fracaso de los recursos interpuestos contra la decisión del Congreso que destituyó a los magistrados del Tribunal Constitucional se debió a la apreciaciones no estrictamente jurídicas, por el hecho de que

---

[17] Caso *Tribunal Constitucional*, sentencia de 31 de enero de 2001.

[18] Criterio que ya había sostenido en la opinión consultiva OC/87, de 6 de octubre de 1987.

quienes integraron el Tribunal Constitucional y conocieron del amparo de los magistrados destituidos fueron las mismas personas que participaron o se vieron involucradas en el procedimiento de acusación constitucional en el Congreso, lo que produjo graves dudas sobre la independencia e imparcialidad de los juzgadores. Dijo la Corte:

> En razón de lo anterior, de conformidad con los criterios y exigencias esgrimidas por este Tribunal sobre la imparcialidad por parte del juez, puede afirmarse que en la decisión de los amparos en el caso en análisis no se reunieron las exigencias de imparcialidad por parte del Tribunal que conoció los citados amparos. Por lo tanto, los recursos intentados por las presuntas víctimas no eran capaces de producir el resultado para el que habían sido concebidos y estaban condenados al fracaso, como en la práctica sucedió.

Cabe agregar que, en materia de destitución de los jueces, la Corte ha invocado los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura:

> La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.
>
> Toda acusación o queja formulada contra un juez, por su actuación judicial y profesional, se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El Juez tendrá el derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario.

La Corte hace hincapié en que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho:

> […] en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, en el caso Langborger (27 de enero de 1989), la independencia de cualquier juez, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.

Alude la Corte a los artículos 93 y 201 de la Constitución peruana y, particularmente, al artículo 13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establecen que los miembros de dicho Tribunal "no están sujetos a mandato imperativo, ni reciben instrucciones de ninguna autoridad. Gozan de inviolabilidad. No responden por los votos u opiniones emitidas en el ejercicio de su cargo. También gozan de inmunidad".

En otro caso —*Ricardo Baena y otros vs. Panamá*— la Corte ratificó:

> En cualquier materia, inclusive en la laboral y administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados las garantías del debido proceso. Es un derecho humano obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de personas. La Corte Europea se ha pro-

> nunciado sobre este tema, señalando que "[…] los principios enunciados en el párrafo 2 (artículo 6.2) y 3 (a saber los incisos a, b y c de la Convención Europea de Derechos Humanos) se aplican mutatis mutandi a los procesos disciplinarios de la misma forma que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal". La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirles a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho a toda persona a un debido proceso. Los Directores generales y las juntas directivas de las empresas estatales no son jueces o tribunales en un sentido estricto; sin embargo, en el presente caso las decisiones adoptadas por ellas afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención.

Por último, y dentro de otras numerosas decisiones de la Corte sobre el control jurisdiccional de actos del poder público, cabe señalar la sentencia en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (13 de junio de 2005), en la cual declaró:

> No existía ningún recurso contra la decisión que adoptó el Consejo Supremo Electoral el 15 de agosto de 2000, por lo cual ésta no podría ser revisada, en el caso de que hubiera sido adoptada sin observar las garantías del proceso electoral previsto en la Ley Electoral ni las garantías mínimas previstas en el artículo 8.1 de la Convención, aplicables a dicho proceso.
>
> Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.
>
> Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimos previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Ese control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizadas, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En ese ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Al igual que en los casos *Tribunal Constitucional, Comunidad Mayagma Sumo Awas Tigni vs. Nicaragua* (sentencia de 31 de agosto de 2001), *Cantos vs. Argentina* (sentencia de 28 de noviembre de 2002), en el citado caso *Yatama vs. Nicaragua* la Corte consideró *la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo, que cuenten con las garantías del debido proceso, contra los actos violatorios de*

sus derechos fundamentales. Dispuso, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.

En una sentencia reciente (período de sesiones 17 a 30 de septiembre de 2006), la Corte, en el caso *Claude Reyes y otros vs Chile*, declaró, por mayoría de votos, que la negativa de un funcionario administrativo de suministrar una información bajo el control del Estado violó, además del artículo 13 de la Convención, el artículo 8.1 de la misma norma, lo cual representa, sin lugar a dudas, una interpretación novedosa en esta materia vinculada a las garantías judiciales en todo estado o grado previstos para la determinación de un derecho. Ratificó la Corte, en dicha sentencia, que el artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales.

> Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.
>
> De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.
>
> Como ha quedado probado, frente a la solicitud de información bajo control del Estado planteada por los señores […], el Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras decidió negar una parte de la información. Como ha sido analizado por este Tribunal, la referida decisión que adoptó dicho funcionario afectó negativamente el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Marcel Calude Reyes y Arturo Logton.
>
> En el presente caso la autoridad administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 e la Convención.

La Corte concluye que la referida decisión del mencionado funcionario administrativo al negarse a suministrar parte de información bajo el control del Estado violó, además del artículo 13, el artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de las víctimas del caso.

Reiteradamente la Corte ha sostenido, a través de su jurisprudencia, criterios claros y precisos sobre la independencia judicial, como requisito fundamental para la imparcialidad de los jueces y, como consecuencia, para garantizar un debido proceso.

Por tanto, las disposiciones sobre independencia judicial —como antes se dijo— tienen el carácter de normas imperativas y, como tales, pertenecen al dominio del *ius cogens*.

Miguel Carbonell (México) *

Desconstitucionalizar la xenofobia: una propuesta desde México

En general, cuando las condiciones presentes se muestran favorables, a los ciudadanos les supone un gran esfuerzo, tanto en términos sociales como individuales, reconocer a los migrantes los derechos del individuo y su efectivo disfrute. Nadie parece contar seriamente con la posibilidad de que un día, quizás no demasiado lejano, él mismo o sus propios hijos o nietos puedan convertirse en migrantes como tal vez lo fueron los padres y los abuelos.

Ermanno Vitale, *Ius migrandi.*

[Tratemos] de imaginar la experiencia de sufrimiento interior y de aniquilación de la propia dignidad que pueden padecer aquellos que migran en condiciones y por razones totalmente diferentes: es decir, para huir de la miseria y de la hambruna, las catástrofes naturales, las persecuciones de regímenes violentos y despóticos, o cultivando la ilusión de una vida mejor, y se ven rechazados, cuando no abiertamente hostigados, por una gran mayoría de la población que les acoge.

Ermanno Vitale, *Ius migrandi.*

---

* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Su último libro es *Los derechos fundamentales en México* (México, Porrúa, 2005). ‹miguelc6@hotmail.com›.

1. Introducción

Suele suceder que en una determinada sociedad existan temas considerados como "sensibles" o delicados, sobre los que parece que es mejor no hablar. En México dos de esos temas son el racismo y la xenofobia. Preferimos pensar que no existen entre nosotros y nos dedicamos a criticar a otros países que, según nuestro punto de vista, sí ejercen discriminación en contra de los extranjeros, de los inmigrantes y de quienes pertenecen a minorías raciales. Lo cierto, sin embargo, es que tenemos abundante evidencia empírica para sostener que la mexicana es una sociedad profundamente racista y xenófoba. Por eso es muy importante que, entre otras medidas, dentro de la prohibición de discriminar contemplada en el artículo 1, párrafo tercero, constitucional se pueda agregar la cuestión de la xenofobia, que actualmente no está contemplada.

La inclusión en el artículo 1 constitucional de la prohibición de discriminar por cuestiones xenofóbicas no es una idea solamente teórica, sino que es una respuesta práctica a una realidad muy grave y preocupante. Según lo acredita la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México,[1] existen en México sentimientos, percepciones y actitudes bastante generalizados que son claramente discriminatorios hacia los extranjeros, al grado que no es exagerado suponer que los no nacionales se encuentran entre los grupos sociales más discriminados en México, junto con las personas homosexuales, las mujeres, los indígenas y las personas con discapacidad.

Dentro de la encuesta mencionada se preguntó si la persona encuestada estaría dispuesta a compartir su casa con un extranjero y el 42% contestó que no; ese porcentaje de rechazo solamente es superado en el caso de los homosexuales (48%).

Esto nos indica la pertinencia de incluir una mención constitucional sobre la xenofobia. Además de elevar a rango constitucional una tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos, esta propuesta tendría evidentes consecuencias sobre la legislación ordinaria, que sigue manteniendo inaceptables distinciones (discriminaciones, mejor dicho) en contra de los no nacionales. La legislación mexicana en materia de migración y naturalización no superaría el más mínimo estándar antidiscriminatorio internacional;[2] es seguro que, si dicha legislación existiera por ejemplo en los Estados Unidos, el gobierno mexicano ya habría promovido diversas quejas diplomáticas.

En las páginas que siguen quisiera, aprovechando la idea que se acaba de enunciar, poner de manifiesto la manera en que la propia Constitución discrimina por razo-

---

[1] La Encuesta fue publicada por la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación en junio de 2005. También puede ser consultada en la página web de la Secretaría, ‹www.sedesol.gob.mx›.

[2] Véanse al respecto los comentarios críticos, muy acertados, de Rodrigo Gutiérrez Rivas: "La reforma de la Ley General de Población. Más derechos y menos control", en Luz María Valdés (coord.): *La Ley de Población a treinta años de distancia*, México: IIJ-UNAM, 2005, pp. 201-218.

nes de xenofobia, es decir, por recelo, suspicacia, sospecha, incomprensión, miedo u odio hacia los extranjeros. Pero además de la descripción de esta suerte de "constitucionalización de la xenofobia", se aprovechará también para hacer las propuestas de reforma necesarias para evitar un signo ominoso, vergonzante, de nuestro constitucionalismo. Se trata, como dije al principio, de una cuestión delicada y sensible, pero de la que nos tenemos que hacer cargo si queremos desterrarla. Lo peor que podemos hacer es guardar silencio sobre su existencia. Una democracia debe ser capaz de confrontarse incluso contra sus fantasmas.

2. Discriminación en materia de propiedad contra los extranjeros

El derecho de propiedad es un importante punto de confluencia de la economía, la política y el derecho. De la regulación que se haga del derecho a la propiedad dependerá la definición del sistema económico (capitalista, comunista, socialista, mixto, etcétera), la definición del sistema político (democracia, dictadura) y, desde luego, desde un punto de vista jurídico, la definición y el goce de varios derechos fundamentales. La forma de reconocer el derecho a la propiedad evidentemente va a incidir en el derecho a la vivienda, los derechos de los trabajadores, el derecho al medio ambiente, etcétera, tal como lo demuestra la experiencia histórica. Su regulación constitucional, debido justamente a su importancia, se tiene que hacer de tal manera que no genere discriminación.

Por desgracia, no es el caso de la Constitución mexicana, que en algunos de sus artículos trata de forma discriminatoria a los no nacionales por cuanto hace a la titularidad del derecho de propiedad. En efecto, el artículo 27, fracción I, constitucional señala:

> Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

De este párrafo resulta discriminatoria su última parte, ya que establece una imposibilidad absoluta e injustificada para que los extranjeros adquieran propiedades en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. Puede entenderse que existió en algún momento de la historia de México una posible justificación para este tipo de regulación; por ejemplo, se pudo haber pensado que de esa forma se evitaría que los extranjeros que tuvieran propiedades en las fronteras o en los litorales mexicanos cooperaran con una posible invasión extranjera. Pero hoy

en día, siendo realistas, ¿se justifica tener una limitación en el texto constitucional basada en la nacionalidad de las personas? Recordemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva rendida precisamente a instancias del gobierno mexicano, ha realizado diversas consideraciones acerca del estatuto jurídico de los extranjeros que residan en territorio de alguno de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata de la opinión consultiva 18/2003.

En la OC 18 la Corte estima que la situación migratoria de una persona "no es condición necesaria para que [un Estado] respete y garantice el principio de igualdad y de no discriminación, puesto que […] dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona que se encuentre en su territorio" (párrafo 118).

De la aplicación del principio de igualdad y de no discriminación no se desprende, según la Corte, que un Estado esté impedido para hacer distinciones entre los nacionales y los no nacionales, o entre los extranjeros que se encuentran legalmente en el país y los que se encuentran ilegalmente en su territorio. Para la Corte, "[…] sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, *siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*" (párrafo 119, cursivas añadidas; el requisito de que las distinciones sean objetivas, proporcionales y razonables se reitera en el párrafo 168).

En consecuencia con lo anterior, la Corte afirma que "la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos […]" (párrafo 134).

Lo dicho hasta aquí dentro del presente apartado ofrecería una justificación normativa suficiente para proceder a la reforma de la última parte del artículo 27 constitucional, pero a ese tipo de razones deben añadirse al menos las del sentido común y las de carácter económico. Respecto de las primeras hay que considerar que hoy ya no existen las razones que pudieran haber justificado una regulación como la mencionada durante los siglos XIX y XX. A falta de dicha justificación, el Estado mexicano no puede remontar la carga de la prueba que siempre existe respecto de un trato desigual por razón de nacionalidad; dicho con otras palabras, la presunción de discriminación que se produce cuando el Estado trata de forma desigual a dos personas es suficiente para acreditar, hoy en día, el carácter violatorio de diversos pactos y tratados internacionales de derechos humanos que tiene la última parte de la fracción I del artículo 27 constitucional. Es de puro sentido común pensar en una disposición de otro tipo si lo que se busca es evitar que el territorio mexicano pueda ser invadido y que los extranjeros residentes en México colaboren en dicha invasión (situación esta última bastante alejada de la realidad).

Desde el punto de vista económico, es obvio que regulaciones discriminatorias y poco modernas como la del artículo 27, fracción I, de la Constitución inhiben las inver-

siones extranjeras en materia turística y alientan diversas formas de "fraude a la ley", por medio de las cuales grandes grupos de inversionistas extranjeros construyen y administran complejos hoteleros y turísticos tanto en las playas como en las fronteras mexicanas.

Por lo anterior, debe considerarse la posibilidad de modificar el texto constitucional en la parte señalada, a fin de que se trate en igualdad de circunstancias a los nacionales y a los extranjeros respecto del derecho de propiedad en la zona litoral y fronteriza. Esto no quiere decir que se deje de aplicar la cláusula respecto de la cual los extranjeros se sujetan, en cualquier litigio sobre dichas propiedades, a la autoridad del gobierno mexicano, renunciando a cualquier posible intervención del gobierno de su país (excepto para el caso del derecho a la asistencia consular, sobre el que se abunda más adelante).

3. El artículo 32 constitucional y la discriminación por origen nacional

El artículo 32 constitucional señala lo siguiente:

> La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.
>
> El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.
>
> En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.
>
> Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puerto y todos los servicios de practicaje y comandante de aeródromo.
>
> Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

Como puede verse, el contenido de este precepto establece varias cuestiones discriminatorias. No es difícil advertir, a la luz de lo que llevamos dicho, que el principio de no discriminación está recogido de manera muy limitada dentro del texto constitucional mexicano. Limitada y contradictoria, podríamos añadir, a la luz del ejemplo que nos proporciona el artículo 32 constitucional, al menos por lo que hace a su párrafo segundo. En efecto, este párrafo contradice al primer párrafo del artículo 1 constitucional, puesto que este último establece la prohibición de discriminar por razón de "origen nacional". El origen nacional no es ni puede ser otra cosa más que el lugar de nacimiento de una persona. Cuando el artículo 32 autoriza a que las leyes del Congre-

so de la Unión establezcan como requisito para ejercer los derechos subjetivos el de ser mexicano por nacimiento, está contradiciendo de manera clara lo señalado por el artículo 1 constitucional, además de un buen número de tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México.

Lo menos que puede decirse sobre el contenido del artículo 32 es que refleja una postura anticuada, impropia de un texto constitucional que quiere estar al servicio de un Estado democrático. Pero además, desde una óptica estrictamente jurídica, puede afirmarse que una parte del artículo en cuestión podría incluso estar derogada, pues su contenido proviene del texto original de la Constitución mexicana[3] y de una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de marzo de 1997. Con posterioridad, tal como ya fue explicado, el 14 de agosto de 2001 fue reformado el artículo 1 para incluir un tercer párrafo en el que, entre otras cuestiones, se señala que no se podrá discriminar a ninguna persona por razón de "origen nacional". Ya se ha dicho y ahora se repite que la no discriminación por origen nacional parece chocar claramente con el párrafo segundo del artículo 32, cuando faculta al legislador para determinar los cargos y las funciones en las que se podrá requerir ser mexicano por nacimiento. No se daría ese conflicto si el artículo 32 autorizara al legislador a indicar en qué cargos se requiere ser *mexicano* para poder ocuparlos, pues el artículo 1 de la Carta Magna no señala a la *nacionalidad* como una de las causas por las que no se pueda discriminar.

En otras palabras: el legislador puede establecer distinciones para el acceso a cargos públicos entre quienes sean mexicanos y quienes no lo sean, pero no lo puede hacer entre quienes sean *mexicanos por nacimiento* y quienes simplemente sean *mexicanos*. La razón, como ya se ha dicho, es bien sencilla: en el primer caso se está utilizando el criterio de la *nacionalidad*, que es un criterio permitido; pero en el segundo se está utilizando el criterio del "origen nacional", que es uno de los prohibidos por el artículo 1 constitucional, en su párrafo tercero. Por otro lado, con este tipo de prevenciones se permite la existencia de "mexicanos de primera" (los que lo son por nacimiento) y "mexicanos de segunda" (los que lo son por naturalización), causando de esa manera una evidente e injustificable discriminación.

Actualmente, al existir una contradicción entre el párrafo segundo del artículo 32 y el párrafo tercero del artículo 1 constitucional, el intérprete debe utilizar un criterio de solución de antinomias para saber cuál es la norma aplicable a un caso concreto. Como se sabe, los criterios para resolver antinomias son el de la ley superior (*lex superior derogat inferiori*), el de la ley posterior (*lex posteriori derogat priori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generalis*).[4] Para el caso que nos ocupa, el

---

[3] El texto original de la Constitución puede consultarse en Miguel Carbonell, Óscar Cruz Barney y Karla Pérez Portilla (comps.): *Constituciones históricas de México*, 2.ª ed., México: UNAM, Porrúa, 2004, pp. 493 ss.

[4] Para un análisis de estos criterios y en general de las antinomias, Riccardo Guastini: *Estudios sobre la interpretación* jurídica, 6.ª ed., México: UNAM, Porrúa, 2004, capítulo IV.

criterio que debemos aplicar es el de la ley posterior, ya que no podemos aplicar el de la ley superior (al tener ambos preceptos el máximo rango dentro del sistema jurídico nacional) ni el de especialidad (puesto que los dos preceptos tratan con idéntico detalle el mismo tema). De acuerdo con el criterio de la ley posterior, la norma más reciente deroga a la anterior; en esa medida se puede sostener que el párrafo tercero del artículo 1 constitucional derogó al párrafo segundo del artículo 32 constitucional. En esa virtud, todas las normas de rango subconstitucional que exijan como requisito para ocupar un cargo público el ser "mexicano por nacimiento" se oponen al artículo 1 constitucional y deben ser declaradas inconstitucionales por los órganos competentes.[5]

Ahora bien, para evitar dudas sobre la aplicación del criterio hermenéutico que se acaba de enunciar, lo mejor sería derogar el párrafo segundo del artículo 32 constitucional, guardando de esa forma plena coherencia textual entre lo que dispone el artículo 1, párrafo tercero, y lo que establece dicho precepto. Es probable que, por razones muy parecidas, deban ser derogados también los dos últimos párrafos del mismo artículo 32 constitucional, que contienen criterios premodernos, inapropiados para un texto constitucional del siglo XXI. Además, su mala redacción ni siquiera permite precisar el universo de sujetos a los que se dirigen. Algún intérprete podría preguntarse: ¿quiénes son los mecánicos a los que se refiere el penúltimo párrafo?, ¿deben ser mecánicos dedicados de tiempo completo a mantener y reparar embarcaciones o aeronaves o también deben quedar comprendidos en el supuesto de la norma quienes solamente reparen aeronaves de medio tiempo o cuando tienen ratos libres? Y por otro lado, ¿a qué embarcaciones se refiere el mismo párrafo?, ¿a todas con independencia de su peso o medidas?, ¿también a un pequeño bote de pesca con el que un turista sale a navegar los domingos en el litoral mexicano?

4. El artículo 33 constitucional y la expulsión de extranjeros

El artículo 33 constitucional tiene el siguiente texto:

> Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

---

[5] Sin embargo, si esas normas fueron expedidas antes del 15 de agosto de 2001 (que es cuando entró en vigor el párrafo tercero del artículo 1), entonces no hace falta una declaración de inconstitucionalidad para considerarlas insubsistentes, ya que la reforma constitucional las habría derogado. Como se sabe, una norma derogada es inexistente para el ordenamiento jurídico y ningún órgano público o persona particular puede aplicarla, con independencia de que su incompatibilidad con el texto constitucional haya sido o no declarada por un juez constitucional.

> Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Aunque el sesgo discriminatorio de este precepto salta a la vista con su simple lectura, quizá convenga ofrecer algunos elementos de orden histórico para comprender (aunque no justificar) por qué sigue presente en nuestro texto constitucional y de qué manera viola varios compromisos internacionales firmados por el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

Para empezar, hay que decir que la razón por la que este precepto está en el texto constitucional es de orden histórico.[6] Desde los primeros años posteriores a la Independencia, hubo preocupación en el territorio nacional por la posición todavía prevaleciente que tenían los nacionales españoles en cuestiones gubernativas y económicas, por lo que se intentó legitimar una vía jurídica con el objeto de expulsarlos del país. Así por ejemplo, en los "Elementos constitucionales" de Ignacio López Rayón se disponía que solamente los extranjeros que favorecieran la libertad de independencia serían recibidos "bajo la protección de las leyes". En otro contexto histórico, marcado también por la aguda crisis nacional que desembocó en la anexión por los Estados Unidos de una parte importante del territorio nacional, recrudeció la idea de facultar al gobierno para que pudiera expulsar a los extranjeros. Por esa razón las Bases Orgánicas de la República Mexicana ya facultaban al presidente de la República para "Espeler de la Republica á los estrangeros no naturalizados, perniciosos á ella" (sic), de acuerdo con su artículo 87 fracción XXIV; esta regulación, afirma Manuel Becerra, derivaba en lo fundamental de la complicada relación entonces existente entre México y los Estados Unidos, sobre todo a la luz de los "ánimos expansionistas" del vecino del norte.

A fin de cuentas, regulaciones como la de las Bases Orgánicas desembocarían en preceptos como el artículo 33 de la Constitución Federal de 1857, cuyo contenido ya se parece mucho al del texto del artículo 33 de la Constitución vigente. La diferencia principal quizá sea que el artículo 33 de la Constitución de 1857 se refiere a la facultad no del presidente sino del "gobierno", y que tal facultad consiste en "expeler al extranjero pernicioso".[7]

---

[6] Sigo en esta parte el análisis expuesto en Manuel Becerra Ramírez: "El artículo 33 constitucional en el siglo XXI", en David Cienfuegos y Miguel A. López Olvera (coords.): *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México: IIJ-UNAM, 2005, pp. 60 ss.

[7] Actualmente la única referencia a "extranjeros perniciosos" que subsiste en el texto constitucional es la que figura en la parte final del artículo 11. Sobra decir que este tipo de expresiones son completamente inadecuadas para un texto constitucional que se quiere moderno. No solamente por su marcada xenofobia, sino sobre todo por el potencial de arbitrariedad que encierran, toda vez que al contener términos vagos y ambiguos se posibilita cualquier tipo de aplicación a supuestos completamente indeterminados. Se trata de cuestiones que deberían desaparecer sin más del texto constitucional.

Con esos antecedentes llegamos hasta el proyecto de reformas a la Constitución de 1857 que presentó Venustiano Carranza ante el Congreso Constituyente de 1916-1917.[8] En ese proyecto el jefe del Ejército Constitucionalista recogió la esencia del artículo 33 de la Constitución de 1857, pero agregó algunas modificaciones importantes. Para empezar, la facultad de expulsar a los extranjeros ya no residía en "el gobierno", sino en el presidente. Además, tal facultad permitía al presidente no solamente hacer abandonar el territorio nacional a los extranjeros, sino que tal expulsión sería "inmediata" y "sin necesidad de juicio previo". Finalmente, el proyecto establecía que "Las determinaciones que el Ejecutivo dictare en uso de esta facultad, no tendrán recurso alguno". Esta última y arbitraria prevención estaba destinada a evitar la interposición de juicios de amparo en contra del ejercicio de la facultad presidencial.

En el transcurso de los debates en el Congreso Constituyente de Querétaro se intentó adicionar el proyecto de Carranza para que la facultad de expulsión del territorio nacional que tenía el presidente no se limitara los extranjeros, sino que pudiera abarcar a clases tan disímbolas de personas como "los que se dediquen a oficios inmorales (tesoreros, jugadores, negociantes en trata de blancas, enganchadores, etcétera)", "los vagos, ebrios consuetudinarios e incapacitados físicamente para el trabajo", "los que representen capitales clandestinos del clero", "los ministros de cultos religiosos" y "los estafadores, timadores o caballeros de industria".[9] Por fortuna, un texto de esta especie no fue aprobado, porque de otra manera México y su Constitución de Querétaro, en tantos otros temas ejemplar, hubieran entrado directamente en la historia de las infamias constitucionales. Quedó aprobado el texto del actual artículo 33, al que no se han hecho reformas desde entonces.

Este brevísimo recorrido histórico nos demuestra que la facultad del poder ejecutivo para expulsar a los extranjeros quizá haya tenido una justificación histórica, pero nos debe llevar también a preguntarnos si esas condiciones históricas subsisten o no en la actualidad.

En todo caso, la reflexión del párrafo anterior no puede dejar de tomar en cuenta las obligaciones que tiene el Estado mexicano en materia de derechos humanos.

En el derecho constitucional comparado existen atribuciones parecidas a las que contiene el artículo 33, con la salvedad de que se suelen precisar con mayor fortuna las causas por las que se puede expulsar a un extranjero. Entre dichas causas pueden mencionarse la de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado en cuestión, la de ofender al Estado, la de amenazarlo, la de cometer delitos dentro o fuera de su territorio, la de residir sin autorización, etcétera.[10] Esta enumeración, aunque no pierde algunos rasgos de vaguedad y ambigüedad ("ofensas", "amenazas"), constituye

---

[8] Cuyo texto se puede consultar en Felipe Tena Ramírez: *Leyes fundamentales de México. 1808-1989,* 15.ª ed., México: Porrúa, 1989, pp. 764 ss.

[9] Becerra Ramírez: o. cit., p. 65.

[10] Ibídem, p. 69.

sin duda un marco constitucional que disminuye las posibles aplicaciones arbitrarias de la medida de expulsión por parte del poder ejecutivo. El objetivo en este punto debería ser, como lo señala Manuel Becerra, alcanzar la mayor claridad en la determinación de las causas de expulsión, teniendo presente que no es lo mismo la expulsión que la deportación y la extradición. Cada una de esas facultades del Estado debe aplicarse en distintos supuestos. Por ejemplo, mientras que jamás se podría "expulsar" o "deportar" a un mexicano, sí se lo podría extraditar.[11]

En el derecho internacional de los derechos humanos encontramos diversas disposiciones que regulan la estancia de extranjeros en los Estados parte. Por ejemplo, es el caso de los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero de tales preceptos dispone:

> 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
> 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
> 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Este artículo ha sido objeto de análisis en una importante observación general del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.[12] Vale la pena detenerse en algunos de sus aspectos más destacados.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacional es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (así por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se los puede considerar como "ilegales" dentro de su propio territorio.

La situación de "ilegalidad" de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, "se debe considerar que un extranjero que

---

[11] Manuel Becerra nos indica que "la expulsión debe proceder en el caso de poner en peligro la seguridad y el orden del Estado, pero no en el caso de la residencia en el país sin autorización, en donde generalmente procede la deportación" (ibídem).

[12] Se trata de la observación general n.o 27, aprobada en el 67.o periodo de sesiones del Comité, en 1999, consultable en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.): *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2.ª ed., México: Porrúa, CNDH, 2003, tomo I, pp. 462-468.

hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 [del Pacto]" (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

Por su parte, el artículo 13 del Pacto dispone:

> El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de la expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

Aunque México, al momento de suscribir el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpuso una reserva respecto del artículo 13, al parecer habría elementos para considerar que tal reserva no puede ser válida, ya que va en contra precisamente del objeto y fin del tratado internacional.[13]

Otra reserva destinada a proteger la arbitraria utilización del artículo 33 constitucional fue interpuesta por el gobierno de México al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También esta reserva se puede juzgar como nula, puesto que el momento elegido por México para interponerla no fue el correcto. Lo adecuado hubiera sido, en su caso, formular la reserva al suscribir la Convención Americana de Derechos Humanos, no al reconocer la competencia de la Corte.[14]

En el pasado reciente, la facultad de hacer abandonar el territorio nacional se ha utilizado (con fundamento a veces en el artículo 33 constitucional y a veces en la legislación en materia migratoria y de población) para expulsar a extranjeros que estaban realizando actividades de organización, capacitación y evangelización en regiones de la selva de Chiapas o en el estado de Oaxaca, haciendo gala con esas medidas del carácter todavía fuertemente arbitrario e intolerante del Estado mexicano.

A la luz de todo lo anterior, lo correcto sería reformar de forma integral el artículo 33 de la Constitución, de forma que se precisara lo siguiente:

a) Los extranjeros podrán ser expulsados solamente por orden del Presidente de la República.

---

[13] Becerra Ramírez: o. cit., p. 73.

[14] Ibídem, p. 74.

b) La expulsión de extranjeros solamente se podrá realizar cuando se acredite que su presencia en territorio nacional pone en peligro la seguridad nacional, debido a que el extranjero en cuestión haya realizado actividades de espionaje o vinculadas con el terrorismo.
c) La expulsión podrá ser impugnada, como cualquier otro acto de autoridad, por medio del recurso legal ordinario que dispongan la Constitución y las leyes (puede ser el juicio de amparo si el quejoso estima que se le están violando derechos fundamentales).
d) Dentro del mencionado recurso se le respetarán al extranjero todas las formalidades esenciales del procedimiento, es decir, se deberán observar todos los elementos que componen el *debido proceso legal* (*due process of law*).
e) No podrán hacerse expulsiones masivas o sin que se haya determinado la identidad precisa de las personas a expulsar.
f) En la medida de lo posible, se deberá dar siempre el derecho a la asistencia consular a favor del extranjero.[15]

Respecto del derecho a la asistencia consular hay que recordar el hecho de que el gobierno de México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una opinión consultiva en la materia. La consulta fue desahogada por la Corte en la opinión consultiva 16/1999.[16] En dicha opinión la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: "reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia" (párrafo 80). La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona el otorgamiento o la contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

---

[15] Un panorama sobre este derecho puede verse en Miguel Carbonell: *Los derechos fundamentales en México*, 2.ª ed., México: Porrúa, CNDH, UNAM, 2006, capítulo IV.

[16] Consultable en Carbonell, Moguel y Pérez Portilla: o. cit., tomo II, pp. 1003-1097.

Estados Unidos, en el escrito presentado ante la Corte dentro del procedimiento deliberativo previo a la emisión de la OC 16, sostuvo que a veces era complicado determinar la nacionalidad verdadera de la persona detenida, sobre todo cuando su estancia en el país receptor era irregular. La Corte sostiene que esa dificultad, que en efecto se puede presentar por el miedo de alguna persona a ser deportada, no exime al Estado de informarla del derecho de comunicación consular, de modo que el Estado debe informar de ese derecho de la misma forma que lo hace con el resto de los derechos procesales que asisten a las personas detenidas (apartado 96).

Por todo lo dicho se puede concluir señalando que el objetivo de la reforma que se propone al artículo 33 constitucional consiste en reducir la discrecionalidad del presidente de la República al momento de expulsar a extranjeros que se encuentren en territorio nacional y en someter dicha facultad a un permanente escrutinio de los tribunales mexicanos e internacionales. En otras palabras, se trata de pasar de una facultad arbitraria e incontrolada como la que existe hoy en día, a una facultad sometida al imperio de los principio del Estado de derecho, en cuyo ejercicio se respeten los derechos fundamentales de las personas no nacionales que se encuentran en territorio mexicano.

5. A modo de conclusión

Como hemos visto, la Constitución mexicana contiene normas que permiten discriminar por razones de pura xenofobia. Desde luego, tenemos que hacernos cargo de la complicada historia de México en relación con los extranjeros; pero el peso de la historia no puede ser suficiente para obnubilar el proceso de construcción de una democracia incluyente, en la que desaparezcan fenómenos tan humillantes e indignantes como la discriminación.

Para hacerlo tenemos que comenzar poniendo el ejemplo desde el propio texto constitucional. Si es la Constitución la que permite que exista discriminación por razón de nacionalidad o de lugar de nacimiento, entonces el legislador ordinario se sentirá libre de introducir en sus leyes normas igualmente discriminatorias. Y esa actitud terminará siendo asumida como normal y legítima por una parte de la población.

Por el contrario, si nuestro texto constitucional asume con todas sus consecuencias el principio de no discriminación y es capaz de construir un entramado normativo que no contenga ningún resquicio por el que se puedan colar las normas discriminatorias, será mucho lo que hayamos avanzado. ¿No es justamente la Constitución la norma que con mayor amplitud debería reconocer la igual dignidad de todas las personas, con independencia de sus características particulares, como el lugar de nacimiento o la nacionalidad? ¿No es eso lo que tantas veces le ha pedido el gobierno mexicano a las autoridades de los Estados Unidos para efecto de que se les dé un trato digno a nuestros migrantes? ¿Qué legitimidad tenemos para formular tales exigencias si nosotros violamos el principio de igualdad desde el propio texto constitucional? Proceder a

las reformas que hemos señalado es, por tanto, una cuestión urgente, un tema de patriotismo constitucional.

Referencias bibliográficas

BASTIDA, Francisco J. (coord.): *Propiedad y derecho constitucional*, Madrid: Colegio de Registradores, 2005.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel: "El artículo 33 constitucional en el siglo XXI", en David CIENFUEGOS y Miguel A. LÓPEZ OLVERA (coords.): *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política* (México: IIJ-UNAM, 2005.

CARBONELL, Miguel, Sandra MOGUEL y Karla PÉREZ PORTILLA (comps.): *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2 tomos, 2.ª ed., México: Porrúa, CNDH, 2003.

CARBONELL, Miguel: *Los derechos fundamentales en México*, 2.ª ed., México: Porrúa, CNDH, UNAM, 2006.

CARBONELL, Miguel, Óscar CRUZ BARNEY y Karla PÉREZ PORTILLA (comps.): *Constituciones históricas de México*, 2.ª ed., México: UNAM, Porrúa, 2004.

DE LORA, Pablo: *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Madrid: Alianza Editorial, 2006.

GUASTINI, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6.ª ed., México: UNAM, Porrúa, 2004.

GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo: "La reforma de la Ley General de Población. Más derechos y menos control", en Luz María VALDÉS (coord.): *La Ley de Población a treinta años de distancia*, México: IIJ-UNAM, 2005.

MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, Barcelona: Paidós, 1997.

NUSSBAUM, Martha, y otros: *Los límites del patriotismo*, Barcelona: Paidós, 1999.

TENA RAMÍREZ, Felipe: *Leyes fundamentales de México. 1808-1989*, 15.ª ed., México: Porrúa, 1989.

VITALE, Ermanno: *Ius migrandi*, Madrid: Mesulina, 2006.

WIEVIORKA, Michel: *El espacio del racismo*, Barcelona: Paidós, 1992.

Jaime Córdoba Triviño (Colombia) *

Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano

1. Introducción

El dilema entre soberanía nacional y soberanía de los derechos humanos y, en consecuencia, sobre el valor de los tratados, la doctrina y la jurisprudencia internacional de derechos humanos en el ordenamiento interno, es probablemente uno de los más importantes de aquellos que se discuten en el derecho constitucional contemporáneo. En Colombia, como se sabe, hemos comenzado a resolver esta cuestión gracias a la figura del *bloque de constitucionalidad*.[1] En efecto, varias disposiciones de la Constitución colombiana, pero, en particular, los artículos 93[2] y 214,[3] indican que los

* Presidente de la Corte Constitucional de Colombia. ‹JaimeCT@corteconstitucional.ramajudicial.gov.co›.

[1] Sobre el concepto del bloque de constitucionalidad se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-225 de 1995 —la primera en la cual utiliza el concepto mencionado—, C-178/95 —que establece los límites a la "obediencia debida" en el ámbito penal militar—, C-010/00 y C-551/03.

[2] "Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

[3] "Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones […] 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos." Al

tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y las normas de derecho internacional humanitario tienen prelación en el orden interno y no pueden ser suspendidas ni siquiera en estados de excepción. En virtud de estas disposiciones la Corte Constitucional ha elaborado lo que se ha denominado el *bloque de constitucionalidad*.[4] La Corte ha señalado que tienen jerarquía y valor constitucional, para todos los efectos, las normas contenidas en los *tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que no pueden ser suspendidas en estados de excepción*, así como las normas del *derecho internacional humanitario*. Adicionalmente, la Corte ha considerado que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, pero cuya suspensión resulta admisible, deben servir de parámetro de interpretación de las disposiciones constitucionales en materia de derechos fundamentales. Como se verá, esta segunda regla de la doctrina del *bloque de constitucionalidad*, contenida en el artículo 93-2 de la Constitución, ha promovido decididamente la incorporación de los estándares internacionales de derechos humanos al ordenamiento interno colombiano.

Ahora bien, en el contexto brevemente descrito, surge una pregunta importante: ¿cuál es el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno colombiano? Al respecto no han faltado quienes sostienen que Colombia, y por tanto los operadores jurídicos nacionales, sólo están vinculados por el texto de los tratados internacionales y por las decisiones judiciales que le ordenan al Estado colombiano una determinada conducta. En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana sería simplemente una entre otras opiniones doctrinales que puede iluminar el entendimiento de aquellos jueces que decidan consultarla, pero sin valor jurídico o eficacia alguna.

Sin embargo, no sin algunas dificultades, la Corte Constitucional ha considerado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un valor jurídico de mayor relevancia. En efecto, por las razones que se explicarán, la Corte Constitucional ha señalado que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye un referente que debe ser atendido por los operadores jurídicos nacionales, pero, en particular, por la propia Corte Constitucional. Por ello, un número importante de las decisiones de la Corte Constitucional han estado justificadas, entre otros argumentos, en decisiones de la Corte Interamericana. Algunos salvamentos o votos particulares señalan que la razón de su disentimiento es la doctrina de la Corte Interamericana. No pocos demandantes o inter-

---

respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-403/92, C-556/92, C-574/92, C-33/93, C-295/93, C-179/94, C-55/95, C-225/95, C-283/95.

[4] El concepto de bloque de constitucionalidad ha llegado a tener tanta relevancia en el ordenamiento interno colombiano que el propio Código de Procedimiento Penal en su artículo 3 señala: "[en] la actuación [procesal penal] prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación en los estados de excepción, por formar parte del bloque de constitucionalidad".

vinientes argumentan que la Corte Constitucional debe actuar de una determinada manera según decisiones anteriores de la Corte Interamericana.

El razonamiento que soporta las prácticas mencionadas es sencillo. Los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia tienen prelación en el ordenamiento interno. Las normas de dichos tratados que no pueden ser suspendidas tienen jerarquía y valor constitucional. Las restantes normas del tratado sirven de parámetro de interpretación para las cláusulas constitucionales que incluyen derechos fundamentales. Ahora bien, algunas de estas normas tienen como intérprete autorizada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa medida, al aplicar dichas disposiciones al ordenamiento interno, es necesario tener en cuenta, de manera particularmente relevante, la doctrina fijada por la Corte Interamericana. En este sentido, la Corte colombiana ha señalado:

> La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.[5]

Ahora bien, el concepto de doctrina *relevante* aplicado a la *ratio iuris* de decisiones judiciales resulta difícil de explicar en un modelo que tradicionalmente rechaza la fuerza del precedente. Sin embargo, como se demuestra más adelante, para la Corte Constitucional resulta claro que el precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana constituye un *estándar* relevante, que debe ser seriamente atendido por los operadores jurídicos nacionales y que constituye una razón suficiente para preferir una determinada interpretación de las normas *iusfundamentales* o para sostener que algunos derechos que no se encuentran textualmente recogidos en la Constitución, como el derecho de las víctimas a la verdad, son derechos fundamentales innominados.

Adicionalmente, la Corte ha entendido que el respeto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana puede terminar definiendo la sostenibilidad de una decisión judicial interna. Incluso, de sus propias decisiones. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que, tal y como los jueces constitucionales se encuentran sometidos al control constitucional que ella ejerce —y por tanto al precedente sentado en su jurisprudencia—, las decisiones de la propia Corte Constitucional se encuentran sometidas al control y, en consecuencia, a los estándares que en materia de derechos

---

[5] Sentencia C-010/00. En el mismo sentido véase las sentencias C-406/96, T-568/99, y T-1319/01.

humanos defina la Corte Interamericana. En efecto, en la sentencia C-590 de 2005 dijo la Corte:

> En este sentido, nadie pensaría que viola la distribución constitucional de competencias la posibilidad de que una corte internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueda ordenarle al Estado, a través de una decisión judicial, que revoque una sentencia de última instancia y profiera una nueva decisión de conformidad con los derechos humanos que el Estado colombiano se ha comprometido a proteger. En este caso la Corte Interamericana no estaría siendo la última instancia en materia civil, contenciosa o constitucional sino cumpliendo su labor como órgano encargado de asegurar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en aquellos países del Continente que la han suscrito y han aceptado someterse a su jurisdicción.

A este respecto a la Corte Constitucional colombiana le ha preocupado menos el lugar que ocupa en la jerarquía del Poder Judicial que la defensa genuina del Estado constitucional y, en consecuencia, de los derechos humanos de todos los habitantes del territorio. Por eso la única restricción que se encuentra al estudiar las sentencias que citan jurisprudencia de la Corte Interamericana es el respeto supremo del principio *pro homine* consagrado, entre otros, en el artículo 29 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. En esos términos, sólo cuando el estándar interno sea superior al estándar internacional se siente la Corte relevada de atender la jurisprudencia regional en la materia.[6]

En este sentido, la jurisprudencia nacional ha señalado que, en la medida en que el artículo 93-2 de la Constitución "constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos".[7] Uno de los argumentos que ha utilizado la Corte para aplicar esta regla hermenéutica es la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la materia. Así por ejemplo, en la sentencia T-679 de 2005, que resolvía un caso de libertad de expresión, citando textualmente a la Corte Interamericana, dijo la Corte Constitucional:

> De modo reiterado la Corte Interamericana por medio de su jurisprudencia ha insistido en la necesidad de aplicar las disposiciones más favorables a la garantía del derecho a la libertad de expresión, muy en el sentido de lo dispuesto por el inciso (b) del artículo 29 de la Convención Interamericana:
>
> "Si a una misma situación son aplicables la convención Americana y otro tratado internacional debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.

---

[6] Al respecto ha dicho la Corte: "Ahora bien, los convenios en esta materia [derechos humanos] suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado" (sentencia T-1319/01). En el mismo sentido véanse las sentencias C-406/96, C-251/97 y C-551/03.

[7] Sentencia T-1319/01.

> Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos instrumentos pero no en la convención para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce".[8]
>
> Esto mismo, desde luego, se aplica en relación con las disposiciones de derecho interno. […] Varios casos decididos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden ilustrar lo afirmado en párrafos anteriores.[9]

Ahora bien, en la presente exposición pretendo ilustrar brevemente la forma como la Corte ha incorporado a su jurisprudencia los estándares *judiciales* del derecho regional de los derechos humanos. Para ello, me limitaré a recordar algunos de los casos emblemáticos en los cuales la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido un factor decisivo en la decisión adoptada por la Corte Constitucional. Es probable que los casos que entro a recordar muestren de mejor manera los avances, pero también las complejidades y dificultades de la construcción doctrinal que, ciertamente con algunas ambigüedades, la Corte constitucional ha intentado elaborar.

Dos advertencias previas. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido citada de manera explícita por la Corte Constitucional como apoyo en la solución de cerca de 170 casos. Sin embargo, en numerosas decisiones la Corte ha incorporado los estándares judiciales interamericanos sin hacer una referencia explícita a ellos. Para efectos de este trabajo me detendré fundamentalmente en aquellos casos que de manera explícita se fundan en opiniones consultivas o sentencias de la Corte Interamericana. Entre los casos mencionados existen sentencias sobre múltiples cuestiones. En efecto, la Corte se ha servido de la interpretación autorizada de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que ha realizado la Corte Interamericana para resolver casos relacionados con el derecho de asociación sindical, con las garantías propias del proceso, con los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, con la incorporación del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno, entre otros. En esta ocasión me detendré, fundamentalmente, en los casos referidos a tres tipos de cuestiones: la importancia la jurisprudencia interamericana a la hora de definir el bloque de constitucionalidad, los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y el derecho a la libertad de expresión. Sin

---

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La colegiatura obligatoria de periodistas,* opinión consultiva OC5, de 1985, citada en el caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros),* sentencia del 5 de febrero de 2001.

[9] En uno de ellos, el caso conocido como *La última tentación de Cristo,* se acusó al gobierno de Chile de violar los artículos 13 (libertad de pensamiento y de expresión) y 12 (libertad de conciencia y de religión) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La Corte encontró fundado el primer cargo e infundado el segundo. En relación con el primer cargo, el demandante alegaba que la Corte Suprema de Chile se había valido de remedios legales y normas sustantivas para propósitos que no estaban establecidos, como determinar que "el honor de Jesucristo ha sido vulnerado por una determinada intención crítica o filosófica", a fin de prohibir la proyección de la película *La última tentación de Cristo*. Véase también caso *La Nación (Herrera Ulloa),* sentencia del 2 de julio de 2004.

embargo, al final haré una muy breve alusión a algunos casos que resuelven temas diversos.

2. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parámetro para definir el contenido del bloque de constitucionalidad

Como ya se mencionó, la Corte constitucional ha entendido que las normas constitucionales no son sólo aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de la Constitución. También integran el derecho constitucional —para todos los efectos— las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos que, como lo señala el artículo 93 de la Carta, no pueden ser suspendidas en estados de excepción. Estas normas integran lo que se ha denominado *bloque de constitucionalidad stricto sensu* y tienen idéntico valor, jerarquía y eficacia que las normas constitucionales.

Ahora bien, la intangibilidad —o prohibición de suspensión— de estas disposiciones se define, en general, en el mismo tratado que las contiene. Sin embargo, en muchos casos —particularmente frente a derechos complejos como el debido proceso o a derechos innominados— termina siendo la jurisprudencia del órgano internacional de protección correspondiente la que define el alcance de la cláusula de intangibilidad. En consecuencia, es dicha jurisprudencia la que termina por definir las normas que integran el componente internacional del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*.

Así por ejemplo, al intentar establecer el contenido específico de la expresión final del artículo 27-2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, que, como se sabe, establece la prohibición de suspender las "garantías judiciales indispensables" para asegurar la protección de los derechos mencionados en el citado artículo, la Corte Constitucional consideró necesario acudir a lo dicho por la Corte Interamericana, en la opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, sobre el tema. Citó entonces, *in extenso*, partes de los fundamentos 20, 38, 39 y 40 de dicha opinión. Más adelante recordó como la Corte Interamericana, en la misma opinión consultiva, afirmó que la preservación de esas garantías supone la preservación de los contenidos mínimos del derecho al debido proceso que debían ser garantizados. Por esa vía, la Corte Constitucional encontró que el hábeas corpus era una de aquellas garantías que no pueden ser suspendidas en estados de excepción, con todas las consecuencias domésticas que tal definición apareja en términos de la integración del llamado *bloque de constitucionalidad*.

3. Alcance y contenido de los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos: las víctimas tienen derecho fundamental a la verdad, a la justicia y a la reparación, y no sólo a la indemnización material del daño causado

Uno de los temas más importantes de la jurisprudencia constitucional colombiana es el de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Desde

sus orígenes, en 1992, la Corte se debatió entre la tesis tradicional según la cual la víctima que se hace parte del proceso penal tiene, fundamentalmente, derecho a la reparación material, y la visión más contemporánea de la víctima como sujeto titular de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral. En efecto, si bien en algunos casos la Corte reconoció que el derecho de la víctima en el proceso no se limitaba al derecho a la reparación material,[10] lo cierto es que en otras muchas oportunidades pareció avalar la tesis tradicional mencionada.[11]

Sin embargo, en el 2002, la Corte sentó una única posición. En la sentencia correspondiente (C-228 de 2002), indicó que una de las razones esenciales por las cuales debía preferir la interpretación amplia de los derechos de las víctimas y cambiar la línea jurisprudencial que hasta ahora parecía dominante era el desarrollo más reciente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos en la materia. En efecto, de manera explicita, para justificar lo que entonces entendió como un cambio de precedente, la Corte comenzó por recordar que:

> En el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las medidas legislativas que impidieran a las víctimas de violaciones de derechos humanos, conocer la verdad de los hechos, resultaban contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos. Como quiera que según el artículo 93 constitucional, "los derechos deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es necesario que la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea valorada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Y más adelante la Corte señaló:

> Así, por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se consagra el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo,[12] el cual ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya se anotó, no sólo como el derecho a una reparación económica, sino además como el derecho a que la verdad sobre los hechos sea efectivamente conocida y se sancione justamente a los responsables.[13]

---

[10] Corte Constitucional, sentencia T-275/94.

[11] C-293 de 1995, SU-717 de 1998, C-163 de 2000 y C-1711 de 2000.

[12] Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA, Serie sobre Tratados, n.º 36, 1144, Serie sobre Tratados de la ONU n.º 123, entrada en vigor: 18 de julio de 1978. Reimpreso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L.V/II.82 doc. 6, rev. 1, p. 25 (1992). "Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso."

[13] Véase, entre otros, caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú)* de la Corte Interamericana, sentencia del 14 de marzo de 2001; caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio

Para mostrar de manera más detallada la evolución de esta concepción más amplia de los derechos de las víctimas en la jurisprudencia interamericana la Corte citó, textualmente, importantes párrafos de la opinión consultiva OC-9/87,[14] el fundamento 166 del caso *Velásquez Rodríguez*[15] y, finalmente, los párrafos que transcribo del caso *Barrios Altos*,[16] con la siguiente introducción:

> "En un caso reciente, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló como contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos, las leyes que dejaban a las víctimas sin la posibilidad de saber la verdad y obtener justicia, a pesar de que el Estado estaba dispuesto a reconocerles una reparación económica.[17] Dijo entonces la Corte Interamericana:
>
> "41. Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad *que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos* tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
>
> "42. La Corte, […] considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. […]
>
> "43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que *nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz*, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que

---

de 1988, caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997; caso 10987 (Argentina), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 30/97, OEA/Ser.L/V/II.98, doc. 6, rev., 13 de abril de 1998; caso n.º 10843 (Chile), Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 36/96, OEA/Ser.L/V/II.95, doc.7 rev., 14 de marzo de 1997.

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9, § 24.

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez* (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988.

[16] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001.

[17] Ibídem. La Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de haber aceptado su responsabilidad y decidido otorgar una reparación material a las víctimas.

> los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de auto amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que *se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente*".[18]

De lo anterior la Corte concluyó:

> […] tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia —no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las victimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

En virtud de esta regla, como se verá, la Corte ha encontrado que viola la Constitución el que la víctima no pueda acceder al expediente, desde el inicio de la investigación criminal; que existan limitaciones absolutas para reabrir casos penales o disciplinarios por violaciones de derechos humanos cuando existan razones suficientes, fundadas en los derechos de las víctimas, que justifiquen su reapertura; y que la jurisdicción penal militar pueda conocer casos por violaciones de derechos humanos, entre otras. Veamos brevemente la forma como la jurisprudencia interamericana ha incidido también en el desarrollo de cada una de estas reglas.

4. Límites a las amnistías e indultos: la obligación del Estado de investigar, juzgar y condenar a penas adecuadas a quienes han cometido graves violaciones de derechos humanos

En múltiples ocasiones la Corte Constitucional ha señalado que el legislador no está constitucionalmente autorizado para excluir la responsabilidad penal de los responsables de graves violaciones de derechos humanos —en particular por tortura, ejecuciones sumarias, desaparición forzada—.[19] Para adoptar estas decisiones, la

[18] Cursivas añadidas

[19] Así, por ejemplo, en la sentencia C-621 de 2001 dijo la Corte: "Por otra parte, la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado de manera reiterada la responsabilidad estatal por desapariciones forzadas en casos contra Argentina, Uruguay, Honduras y Colombia. Entre otros ver, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Isidro Caballero y María del Carmen Santana. sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22. Ver también la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968".

Corte se ha fundamentado, especialmente, en las decisiones de la Corte Interamericana, según las cuales la exclusión de responsabilidad por dichos crímenes viola la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.[20] En aplicación de estas reglas la Corte ha limitado el alcance de la obediencia debida,[21] ha restringido los conceptos de fuero militar[22] y de "delito político", ha declarado ajustadas a la Constitución múltiples leyes aprobatorias de tratados orientados en esta dirección[23] y ha sostenido expresamente que el bloque de constitucionalidad prohíbe las autoamnistías o los eximentes de responsabilidad por la comisión de graves violaciones de derechos humanos o graves infracciones del derecho internacional humanitario.[24] Así por ejemplo, al estudiar la constitucionalidad del Estatuto de Roma, la Corte, siguiendo claramente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que no se ajustaban al ordenamiento jurídico:

> […] figuras como las leyes de punto final que impiden el acceso a la justicia, las amnistías en blanco para cualquier delito, las auto amnistías (es decir, los beneficios penales que los detentadores legítimos o ilegítimos del poder se conceden a sí mismos y a quienes fueron cómplices de los delitos cometidos), o cualquiera otra modalidad que tenga como propósito impedir a las víctimas un recurso judicial efectivo para hacer valer sus derechos.[25]

Y más adelante añadió:

> Entonces, los principios y normas de derecho internacional aceptados por Colombia (artículo 9 CP.), el Estatuto de Roma, y nuestro ordenamiento constitucional, que sólo permite la amnistía o el indulto para delitos políticos y con el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículo 150, numeral 17 de la CP), no admiten el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto final o cualquiera

---

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso de Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001. La Corte encontró que las leyes de amnistía peruanas negaban a las víctimas de violaciones de derechos humanos toda posibilidad de buscar reparación y por lo tanto eran contrarias a la Convención Interamericana. Otro ejemplo se encuentra en el análisis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las leyes de obediencia debida argentinas (ley n.º 23 492, promulgada el 24 de diciembre de 1986, y ley n.º 23 521, del 8 de junio de 1987). Para la Comisión, tales leyes violaban la Convención Interamericana, pues el efecto de la sanción de tales leyes había sido el de extinguir las garantías judiciales de las víctimas. "Con dichas medidas, se cerró toda posibilidad jurídica de continuar los juicios criminales destinados a comprobar los delitos denunciados; identificar a sus autores, cómplices y encubridores; e imponer las sanciones penales correspondientes. Los peticionarios, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos." (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 83.º periodo de sesiones, *Informe anual 1992-1993*, Washington, DC, 12 marzo 1993, informe n.º 28/92, casos 10 147, 10 181, 10 240, 10 262, 10 309 y 10 311 [Argentina]).

[21] Corte Constitucional, sentencia C-578/95.

[22] Corte Constitucional, sentencia C-358/97.

[23] Cf. entre otras, la sentencia C-578/02, que declaró ajustada a la Constitución la ley aprobatoria del Tratado de Roma que crea a la Corte Penal Internacional.

[24] Ibídem.

[25] Corte Constitucional, sentencia C-578/02.

> otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[26]

5. Derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y restricciones al principio *non bis in idem* en materia penal y disciplinaria

Con fundamento en distintas normas del bloque de constitucionalidad y, en especial, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia C-04 de 2003 la Corte Constitucional consideró que, en algunas circunstancias excepcionales no contempladas por el legislador, debía proceder la revisión o reapertura de los procesos penales que habían terminado con la preclusión de la investigación, la cesación de procedimiento o la sentencia absolutoria. Para que esta causal *constitucional* de reapertura tenga lugar deben configurarse dos condiciones: 1) debe tratarse de procesos adelantados por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, y 2) debe mediar un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por el Estado colombiano, que constate un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar en forma seria e imparcial las mencionadas violaciones.[27]

Para adoptar esta decisión, la Corte reiteró:

> La jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales, y por ello la doctrina de la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas debe ser valorada internamente por las autoridades colombianas en general, y por la jurisprudencia de esta Corte Constitucional en particular.[28]

En consecuencia, la Corte recordó la doctrina sentada entre otros, en la opinión consultiva OC-9/87,[29] el caso *Velásquez Rodríguez*[30] y el caso *Barrios Altos*,[31] para

---

[26] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado las condiciones para que una amnistía sea compatible con los compromisos adquiridos por los Estados partes en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú)*, sentencia del 14 de marzo de 2001, la Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso en el contexto nacional.

[27] Corte Constitucional sentencia C-004/03.

[28] Véase, entre otras, la sentencia C-10 de 2000, T-1319 de 2001 y C-228 de 2002, fundamento 6.3.

[29] Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, n.º 9, § 24.

[30] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez* (fundamento 166), sentencia del 29 de julio de 1988.

concluir que los derechos a la verdad, a la reparación y a la justicia de las víctimas establecen un límite al principio de *non bis in idem*. Para la Corte Constitucional, las personas afectadas por conductas lesivas de los derechos humanos tienen derecho a que el Estado investigue los hechos, sancione a los responsables y restablezca, en lo posible, a las víctimas en sus derechos. Y estos derechos no pueden subordinarse, de manera absoluta, a la protección irrestricta del principio del *non bis in idem*.

En una decisión más reciente (C-979 de 2005), la Corte Constitucional encontró que la causal de reapertura del proceso penal no debía limitarse a los procesos que han culminado con cesación del procedimiento o sentencia absolutoria. En aplicación de la doctrina nacional e interamericana sobre los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, la Corte Constitucional consideró que el principio de *non bis in idem* puede restringirse, incluso, si el proceso culminó con una sentencia condenatoria. Sin embargo, para que pueda proceder la reapertura se requiere que medie un pronunciamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, aceptada formalmente por el Estado colombiano, que constate un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar en forma seria e imparcial las violaciones de derechos humanos que dieron lugar al correspondiente proceso penal. Al respecto, entre otras cosas, dijo la Corte:

> En el orden jurídico colombiano, con clara incidencia de la evolución que ha presentado en el tema la jurisprudencia y la doctrina internacionales sobre derechos humanos,[32] se ha desarrollado profusamente la materia relativa a los derechos de las víctimas, introduciendo un evidente replanteamiento de la visión reductora a la simple indemnización, que nuestra tradición jurídica mantenía sobre el tema.

Para fundamentar este aserto, la Corte se funda, nuevamente, en la doctrina sentada en los casos *Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz* y *Barrios Altos* de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.[33] Al respecto, reitera que los parámetros internacionales que surgen de las decisiones judiciales mencionadas "tienen plena relevancia constitucional", en la medida en que:

---

[31] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú)*, sentencia del 14 de marzo de 2001.

[32] En particular la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proferida en el caso peruano denominado *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú)*, en la que ese tribunal decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención Interamericana y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso, a pesar de que dicho Estado había aceptado su responsabilidad y había decidido otorgar una reparación material a las víctimas.

[33] Cf. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, § 174, 176 y 177; caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, n.º 5, § 184, 187 y 188. Estas sentencias han sido invocadas y prohijadas anteriormente en la sentencia C- 04 de 2003.

> […] la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados y por ende de los propios derechos constitucionales, y por ello la doctrina de la Corte Interamericana sobre los derechos de las víctimas debe ser valorada internamente por las autoridades colombianas en general, y por la jurisprudencia de esta Corte Constitucional en particular.[34]

Siguiendo las pautas del derecho judicial interamericano y la jurisprudencia constitucional mencionada, la Corte, en la sentencia C-014 de 2004, determinó que en principio es legítima la improcedencia de la revocatoria directa de los fallos disciplinarios absolutorios o que deciden archivar la investigación. No obstante, dada la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho constitucional, así como la necesidad de conciliar esta evolución con las funciones de la Procuraduría General de la Nación, la revocatoria procederá cuando se trate de investigaciones adelantadas por la comisión de faltas graves, constitutivas de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario que han sido archivadas o que han culminado con un fallo absolutorio. La Corte precisó, igualmente, que tal revocatoria procede de oficio o puede ser solicitada por la víctima o los perjudicados, como terceros interesados en la defensa del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, en la investigación de la falta cometida y en la sanción de los responsables. Es decir, las víctimas o perjudicados que no son parte del proceso disciplinario, en la hipótesis que se estudia, son personas legitimadas para acceder al proceso, dado que son los titulares de los bienes jurídicos vulnerados como consecuencia directa de la infracción cometida.[35]

6. Derecho de las víctimas a un recurso efectivo: Constitución de parte civil en el proceso penal y derecho de acceso al expediente

El reconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad y a la justicia llevó a la Corte a declarar que la víctima tiene el derecho de participar del proceso penal —en calidad de parte civil— incluso antes de la apertura de la investigación formal.[36] Para adoptar esta decisión, encontró que los derechos a la verdad y a la reparación reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos eran derechos fundamentales que debían ser protegidos en el derecho penal. A fin de garantizarlos era necesario entonces que la víctima interesada en conocer los hechos relevantes pudiera impulsar el proceso investigativo incluso antes de la apertura de formal investigación, es decir, en la etapa preliminar.

---

[34] Véanse, entre otras, las sentencias C-10 de 2000, T-1319 de 2001, C-228 de 2002, fundamento 6.3, y C-04 de 2003.

[35] Corte Constitucional, sentencia C-014/04.

[36] Corte Constitucional, sentencia C-228/02.

En otra decisión sobre la participación de la parte civil en el proceso penal, la Corte, siguiendo la doctrina interamericana sobre el derecho innominado a la verdad, citada en la sentencia T-228 de 2002, ordenó a la Fiscalía General de la Nación admitir la demanda de constitución de parte civil de un ciudadano que, pese a no haber sido víctima directa del delito, quería intervenir en el proceso en calidad de "actor popular". Para adoptar esta decisión, la Corte encontró que la sociedad perjudicada por los hechos punibles tiene interés no sólo en la satisfacción del derecho de las víctimas a la indemnización, sino en el establecimiento de la verdad y la justicia.[37] Así, en presencia de hechos punibles que impliquen graves atentados contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, debe admitirse la participación de la sociedad —a través de un actor popular— como parte civil en el proceso penal.

7. Derecho a la libertad de expresión: el contenido del derecho se interpreta de conformidad con la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho del artículo 13 de la Convención

Tal vez uno de los temas en los cuales la jurisprudencia interamericana ha tenido mayor influencia en la jurisprudencia constitucional sea el de la liberad de expresión. En efecto, en distintos casos en los que la Corte ha tenido que resolver asuntos relacionados con el derecho a la libertad de expresión, ha utilizado explícitamente los criterios desarrollados por la Corte Interamericana, tanto en opiniones consultivas como en sentencias. En la sentencia C-087/98, siguiendo la doctrina sentada en la opinión consultiva n.º 5, sobre colegiatura obligatoria de periodistas, la Corte señaló:

> […] entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero.

En consecuencia, declaró inexequible la exigencia de una tarjeta profesional como requisito para ejercer el oficio de periodista. Así mismo, en la sentencia C-010/00 la Corte reconoció expresamente que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituía un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la libertad de expresión. En efecto, para resolver si las regulaciones legales de los servicios de radiodifusión contenidas en las normas demandadas representaban o no una restricción inconstitucional de la libertad de expresión, la Corte aplicó la doctrina sentada en la opinión consultiva n.º 5, ya citada, así como la jurisprudencia interamericana sentada en los casos *La Nación* y *La última tentación de Cristo*. Al respecto dijo la Corte Constitucional:

---

[37] Corte Constitucional, sentencia T-249/03.

> En la Opinión Consultiva No. 05 del 13 de noviembre de 1985, la Corte Interamericana estudió in extenso el alcance de la libertad de expresión, y la posibilidad de establecer las restricciones a ese derecho, análisis que será tenido en cuenta, en lo pertinente, por esta Corte Constitucional. Según esa doctrina, una restricción es conforme a la Convención Interamericana si consiste en una forma de responsabilidad posterior, pues la censura previa se encuentra prohibida. Además, debe tratarse de una causal que se encuentre previamente prevista en la ley, de manera clara y taxativa, y que sea necesaria para proteger los fines previstos por la propia Convención, a saber, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. En particular la Corte Interamericana, en el párrafo 46 de la mencionada Opinión Consultiva, señaló unas pautas que esta Corte Constitucional prohíja.

Finalmente, la sentencia citó *in extenso* el párrafo 46 mencionado y subrayó el siguiente aparte:

> […] no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

Terminada la cita dijo textualmente la Corte Constitucional: "Con estos criterios, entra entonces la Corte a examinar las disposiciones acusadas". Siguiendo esta doctrina, encontró que algunas de las restricciones impuestas a la programación radial, como aquella que señalaba que los programas radiales debían "hacer buen uso del idioma castellano, y *atenerse a los dictados universales del decoro y del buen gusto*" eran inconstitucionales.

Finalmente, en la sentencia T-679 de 2005, la Corte debía resolver si un periodista que luego de una investigación con cámara escondida había sacado un informe a través del cual acusaba a una empresa lícita de cometer serias irregularidades había abusado de su derecho a la libertad de expresión. En este caso la jurisprudencia constitucional señaló:

> Esta Corte ha aceptado de manera reiterada la importancia que tienen los pactos internacionales sobre derechos humanos aceptados por Colombia para efectos de interpretación de las disposiciones que contienen derechos constitucionales fundamentales y el alcance que en tal contexto tiene la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En consecuencia, procedió a aplicar, directamente al caso, la doctrina sentada por la jurisprudencia interamericana en la opinión consultiva n.º 5 y en los casos *La última tentación de Cristo* y *La Nación*, antes referidos. En efecto, luego de una exposición sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión y a los "limites de los límites" del derecho y de las decisiones constitucionales precedentes que han adoptado esta doctrina, dijo la Corte Constitucional:

> De lo expuesto en párrafos anteriores, se desprende que la Corte Constitucional de Colombia acoge como criterio de interpretación del artículo 20 superior la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica. La exigencia de veracidad y de imparcialidad contenidas en el artículo 20 no pueden, por tanto, interpretarse de modo tal que se exija prueba incontrovertible acerca de que la información publicada o emitida sea verdadera o imparcial. De ser esto así, el precio de la verdad y de la imparcialidad sería el silencio y significaría una clara amenaza para la democracia.

En consecuencia, dado que el informe periodístico no había sido hecho con la intención de dañar y que el periodista había realizado el trabajo con seriedad y responsabilidad, consultando a las fuentes apropiadas, la Corte amparó el derecho a la libertad de expresión.

8. Otros asuntos que han sido resueltos con apoyo en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana

Otros temas han sido resueltos por la Corte Constitucional con apoyo en las sentencias y las decisiones consultivas de la Corte Interamericana. Así por ejemplo, la Corte Constitucional ha considerado que viola el derecho a un recurso efectivo, integrado al bloque de constitucionalidad, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de no admitir la procedencia de la acción de tutela contra sus decisiones de última instancia. En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha aplicado, entre otras, la doctrina contenida en las opiniones consultivas n.º 11, de 1990, y n.º 16, de 1999.[38] En idéntico sentido, la Corte encontró que las normas sobre notificaciones judiciales de asuntos relacionados con contratos de arrendamiento no permitían a las partes el ejercicio del derecho de defensa y vulneraban el derecho a un recurso efectivo en los términos de la doctrina de la Corte Interamericana.[39] En otro caso distinto, la jurisprudencia constitucional encontró que algunas decisiones judiciales que limitaban el derecho a la estabilidad judicial de los trabajadores con fuero sindical vulneraban el derecho de asociación sindical en los términos en que este derecho había sido protegido tanto por la propia Corte Constitucional como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[40]

En otros muchos casos la Corte ha interpretado el derecho al debido proceso en los términos en los cuales este derecho ha sido interpretado y garantizado por la Corte Interamericana.[41] Incluso ha trasladado estas reglas al ámbito administrativo al considerar que

---

[38] Corte Constitucional, auto 198/05 y sentencia T-016/06.

[39] Corte Constitucional, sentencia C-820/03.

[40] Cf., entre otras, la sentencia T-1108/05.

[41] Cf., entre otras, la sentencia C-251/02, sobre la necesaria imparcialidad e independencia de los funcionarios judiciales. En esta decisión la Corte Constitucional cita, entre otros, los casos *Castillo Petruzzi*, sentencia del 30 de mayo de 1999, § 130, y *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto se 2000, § 114.

el legislador está autorizado para conferir ciertas atribuciones judiciales a las autoridades administrativas,[42] pero únicamente con la condición de que no se trate del ejercicio de la justicia penal; que los funcionarios administrativos que ejerzan concretamente esas competencias se encuentren previamente determinados en la ley; que dichos funcionarios gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial; y que se apliquen las garantías esenciales del debido proceso. Para la Corte, los conceptos de independencia e imparcialidad, así como de "garantías judiciales esenciales", deben ser interpretados de conformidad con el alcance que a estos conceptos le ha dado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, no puedo dejar de mencionar la importancia que tuvo para la Corte Constitucional la jurisprudencia de la Corte Interamericana a la hora de juzgar la llamada Ley de Seguridad y Defensa Nacional.[43] Para la sentencia de constitucionalidad resultó muy importante la jurisprudencia interamericana sobre límites al poder estatal. Por su importancia me permito transcribir *in extenso* los apartes de la referida sentencia. En dicha oportunidad dijo la Corte Constitucional:

> Por su parte, la Corte Interamericana, que es el intérprete autorizado de la Convención Interamericana y cuya jurisprudencia es entonces relevante para determinar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93), tal y como esta Corte Constitucional lo ha precisado en numerosas oportunidades,[44] ha señalado de manera reiterada que los derechos humanos son "*esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal*".[45] Posteriormente, y refiriéndose específicamente al deber del Estado de preservar el orden público, la Corte Interamericana, con criterios que esta Corte Constitucional comparte plenamente, insistió en que las estrategias de seguridad y defensa deben respetar estrictamente los límites impuestos por los derechos humanos. Dijo al respecto la Corte Interamericana:
>
> "Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana".[46]

---

[42] Véanse, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-592 de 1992, C-212 de 1994, C-037 de 1996 y C-384 de 2000.

[43] Corte Constitucional, sentencia C-251/02.

[44] Véanse, entre otras, las sentencias C-010/00 y T-1319/01 de la Corte Constitucional.

[45] Corte Interamericana, opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A, n.º 6, § 21, criterio reiterado en el caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, n.º 4, § 165. Igualmente en el caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, n.º 5, § 174.

[46] Corte Interamericana, caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, n.º 4, § 165. Criterio reiterado en el caso *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, n.º 5, § 174, y en el caso *Neira Alegra y otros*, sentencia del 19 de enero de 1995, Serie C, n.º 20, § 75.

> Igualmente, la Corte Interamericana también ha señalado que las referencias genéricas al orden público y al bien común no justifican en sí mismas la limitación de un derecho. Sobre el particular explica:
>
> "No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención".[47]

El recuento anterior pretende ser mucho más ilustrativo que exhaustivo. Como ya señalé, la aplicación explícita de la jurisprudencia interamericana ha sido realizada en cerca de 170 sentencias relativas a los más diversos temas. Esta breve muestra, sin embargo, pone de presente la importancia del diálogo entre las Cortes y del aprendizaje conjunto sobre las mejores maneras de adelantar la tarea que nos es común: la defensa de la persona humana.

---

[47] Corte Interamericana: *La colegiatura obligatoria de los periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n.º 5, § 66-67; criterio reiterado en la opinión consultiva O-C 6/86, del 9 de mayo de 1986, Serie A, n.º 6, § 31.

Teresa del Pilar de la Torre Salazar (Perú) *

Trata de mujeres con fines de explotación sexual: una violación a los derechos humanos en el Perú

1. Introducción

> Hay que vivir lo que yo viví para comprender todo lo que se sufre en ese mundo. Allí dejas de ser mujer y ser humano, para convertirte en mercancía; allí se pierde todo, la vergüenza, la dignidad y hasta el nombre.[1]

¿Cómo después de haber luchado por que se suprimieran la esclavitud y la trata de esclavos, en pleno siglo XXI, podemos encontrar vivencias en las que un ser humano es despojado de su esencia misma para convertirse en un simple objeto de compra y venta? Por sorprendente que pueda parecer, testimonios como éste son recurrentes, hoy en día, entre las víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual.

En el presente artículo deseamos proporcionar algunas pinceladas en torno a un fenómeno que cobra rasgos de expansión, pero que a la vez goza de invisibilidad y desconocimiento, como ocurre en el Perú, en torno a su real magnitud, las causas que lo originan y favorecen, las abrumadoras experiencias por las que atraviesan las víctimas y las múltiples consecuencias que ello produce en su vida, lo que explica la ausencia de medidas, programas y acciones destinadas a erradicar eficazmente este delito.

---

* Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidata a especialista en Género y Derecho por el Colegio de Abogados de Lima. ‹delatorre.p@pucp.edu.pe›.

[1] Testimonio de víctima peruana explotada en Japón. En Oficina Regional para los Países Andinos, Organización Internacional de las Migraciones y Movimiento El Pozo: *Trata de mujeres para fines sexuales comerciales en el Perú*, Lima, 2005, p. 66.

Los fines de este fenómeno son la explotación sexual, el trabajo forzoso, la servidumbre y la extracción de órganos, entre otros. Si bien presentan elementos en común, cada uno mantiene cierta dinámica particular; es por ello que, con el fin de realizar un análisis más exhaustivo, nos centraremos únicamente en el primero de ellos. Además, dado que gran parte de las víctimas de la trata con fines de explotación sexual son mujeres, nos limitaremos a abordar las vivencias, experiencias y necesidades de este grupo específico.

Esperamos que este artículo sirva para sensibilizarnos, alentarnos a debatir y trabajar respecto a esta nueva forma de explotación del ser humano; realidad inaceptable desde donde se la mire, pero existente en nuestros países. Por ello, cada uno de nosotros debería asumir el compromiso de trabajar sin pausa para erradicar la bien llamada *metamorfosis de la esclavitud*, evitando así que más mujeres, niños y hombres sufran violaciones a sus derechos humanos; y que la protección, el goce y ejercicio de estos derechos deje de ser simple retórica.

2. Definición de la trata de personas

No siempre se ha designado con el nombre de *trata de personas* al fenómeno objeto del presente artículo. A mediados del siglo XIX se utilizó el término *trata de blancas*, que hacía referencia a mujeres europeas blancas que eran traficadas a otros países europeos, africanos y especialmente árabes, para desempeñarse como concubinas o prostitutas. Posteriormente el término cayó en desuso debido la magnitud que iba alcanzando el problema, pues ya no eran solamente traficadas mujeres de Europa, sino de otros continentes, como América, Asia y África. De esta manera se empezó a utilizar el término *tráfico de mujeres*.[2] Actualmente se prefiere denominar a esta problemática como *trata de personas*, por ser un término mucho más amplio, que puede englobar a cualquier ser humano —sea hombre, mujer, niño o niña—, así como diversos fines.

La definición moderna de la trata de personas[3] alcanzó consenso en las Naciones Unidas en el año 2000, en medio del debate que se dio en torno a la delincuencia organizada transnacional. Dicha definición está recogida en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.[4] En su artículo 3.*a* establece:

---

[2] Dirección General de la Mujer, Consejera de Servicios Sociales: *Simposio Internacional sobre Prostitución y Tráfico de Mujeres con Fines de Explotación Sexual*, Madrid, 2000, p. 16.

[3] En inglés, *trafficking in persons*, y en francés, *traite de personnes*.

[4] Suscrito en la ciudad de Palermo (Italia), por lo que también es conocido como el Protocolo de Palermo.

> Por trata de personas se entenderá *la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción* de personas, recurriendo a la *amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios* para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con *fines de explotación.* Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.[5]

De dicha definición observamos tres elementos centrales: la captación o el traslado, la privación de libertad y la explotación. El fin de la explotación sexual (que en el Protocolo aparece como *explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual*)[6] incluye diversas modalidades, como la prostitución forzada, la pornografía, el turismo sexual y los matrimonios serviles.[7] Pese a que el Protocolo no brinda una definición de la explotación sexual, podemos definirla como *aquella práctica por la que una persona obtiene gratificación sexual, ganancia económica o ventajas de otro tipo mediante el abuso de la sexualidad de otra persona*.[8]

La trata puede ser internacional o interna.[9] La internacional es la que se realiza en países diferentes al de la residencia de las víctimas, generalmente ubicados en otros continentes. Es decir, el reclutamiento ocurre en el país de origen de las víctimas y la situación de explotación en el país de destino. En algunos casos, este tipo de trata implica el paso de la persona por varios países; estos tránsitos o escalas se tornan necesarios por la distancia entre los países de origen y de destino, las rutas de las aerolíneas y las leyes migratorias. Por lo general se opera a través de redes criminales organizadas de alcance internacional.[10] Por su lado, la trata interna se caracteriza por que el reclutamiento, el traslado y la explotación de la víctima se llevan a cabo dentro de un mismo país y cubre demandas locales o nacionales.

Diversos sectores del ámbito público —como el político, el jurídico y el de las comunicaciones— suelen confundir y utilizar indistintamente los términos *trata* y *tráfico* de personas. Sin embargo, son situaciones diferentes, aunque en algunos casos

---

[5] Cursivas añadidas.

[6] "Los términos explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual no se definen en el Protocolo, que en consecuencia no prejuzga la manera en que los Estados Parte aborden la prostitución en su respectivo derecho interno" (Travaux Préparatoires).

[7] Así entablan relaciones que a primera vista parecen muy serias, pues las parejas llegan a comprometerse y casarse, los esposos llevan a las mujeres a sus países de residencia, pero es ahí cuando empiezan a explotarlas.

[8] "La explotación sexual viola los derechos humanos", en *Coalición contra el Tráfico de Mujeres*, ‹http://www.catwinternational.org› (1/06/2006).

[9] Fundación Esperanza: *Tráfico de personas: naufragio de sueños*; Bogotá, 2003, pp. 21-23.

[10] Las más conocidas son la camorra italiana, las triadas chinas, la mafia rusa y la yakusa japonesa. "Guía para el Nuevo Protocolo de las Naciones Unidas sobre el Tráfico de Personas", en *Instituto Nacional de las Mujeres México*, ‹http:// www.inmujeres.gob› (9/07/2006).

pueden estar relacionadas. Por *tráfico ilícito de migrantes*[11] se deberá entender "[…] la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material".[12] Ello hace de este delito una violación a las leyes o normas migratorias de los Estados, mas no de los individuos.

3. Panorama mundial y nacional de la trata de personas

El negocio de la trata de personas es señalado como la tercera actividad más rentable del crimen organizado en el ámbito mundial, después del tráfico de drogas y armas. Según se calcula —aun cuando la naturaleza ilícita de esas actividades hace difícil llegar a estimaciones fidedignas—, la industria del sexo genera cada año entre 7 000 y 12 000 millones de dólares.[13]

En cuanto al número de víctimas ocurre algo similar, pues este delito se desenvuelve en el desconocimiento, el encubrimiento y la absoluta clandestinidad. No obstante, diversas organizaciones han especulado sobre un posible número de víctimas. Según el Instituto Bolzman por los Derechos Humanos, para el año 2001 había unas 45 000 ó 50 000 mujeres y niñas tratadas en los Estados Unidos.[14] Según la Organización Internacional para las Migraciones, anualmente 700 000 mujeres y niñas son objeto de trata.[15] Y Survivors' Rights International estima que 100 000 mujeres y niños son víctimas de explotación sexual cada año.

En el Perú existen a la fecha sólo dos diagnósticos sobre trata de mujeres y niños, que se han convertido en la única fuente de información para conocer cómo podría estar desenvolviéndose este delito en nuestro país, pero lamentablemente no muestran su real magnitud.

Por otro lado, los tres últimos informes anuales sobre trata de personas[16] que emite el Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos señalan al Perú como un país en el que las mujeres y los niños son explotados dentro de sus fronteras. Indican que por lo general las víctimas son niñas y mujeres jóvenes trasladadas de zonas rurales a zonas urbanas o de una ciudad a otra, forzadas a prostituirse en clubes

---

[11] En inglés, *smuggling of migrants*, y en francés, *trafique de migrants*.

[12] Artículo 3 del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

[13] "Venta de esperanzas y robo de sueños: trata de mujeres y explotación de trabajadoras domésticas", en *Fondo de Población de las Naciones Unidas*, ‹http://www.unfpa.org/swp/2006/spanish/chapter_3/index.html› (28/09/2006).

[14] Angélica Kartush Ludwing: "Las dimensiones raciales del tráfico de personas, en especial mujeres y niñas", en *Instituto por los Derechos Humanos*, ‹http://www.univie.ac.at/bim› (17/01/2005).

[15] En *Organización Internacional para las Migraciones*, ‹http://www.iom.int› (17/01/2005).

[16] En *US Deparment of State*, ‹http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2006/65989.htm›, ‹http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2005/46614.htm›, ‹http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2004/33198.htm› (30/06/2006).

nocturnos, bares y burdeles. También establecen la existencia de víctimas de trata de personas explotadas sexualmente en el exterior. Así mismo, estos informes afirman que el Gobierno peruano no cumple con los estándares mínimos de eliminación de la trata de personas y que no hay progresos en las áreas de enjuciamiento a los tratantes y provisión de servicios de protección para las víctimas.

Esto último resulta claro. Si bien existe el Grupo de Trabajo Multisectorial Permanente contra la Trata de Personas,[17] éste no está realizando a cabalidad las funciones para las que fue creado. En igual sentido, la sección de Investigación contra la Trata de Personas en la Policía Nacional[18] ha conocido sólo nueve casos desde su creación; todos estos están proceso, por lo cual a la fecha no hay sentenciados por el delito de trata de personas. En cuanto a la asistencia, no existen refugios destinados exclusivamente a las víctimas de trata ni servicios de rehabilitación. No obstante, ha habido algunos avances, como la creación de una línea de ayuda para casos de trata; una propuesta de ley, por la Fiscalía de la Nación, sobre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, que busca proveer un marco legal adecuado y lamentablemente no ha sido aprobada hasta la fecha. Así mismo, el Ministerio de Turismo y Comercio Exterior ha trabajado sobre esta problemática en la industria turística y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social ha capacitado a diversos funcionarios.

4. Víctimas

Las víctimas de este delito son en su gran mayoría mujeres y niñas. En este sentido, Mary Robinson[19] señala que la trata de personas, "debido a los elementos centrales de coerción y explotación, constituye violencia contra las mujeres y, en consecuencia, una violación a sus derechos básicos".[20] Recordemos que tanto la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer señalan que por *violencia contra la mujer* se entenderá toda acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, así como la amenaza de dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en el ámbito público como en el privado.

Participan de este fenómeno "todos los mitos y estereotipos de la sexualidad femenina: las mujeres asiáticas y las indígenas latinoamericanas son suaves y dóciles, las africanas o con ascendencia africana son salvajes, las europeas y norteamericanas son liberales, y las más jóvenes son las más amables, frescas y puras".[21]

---

[17] Creado por decreto supremo n.º 002-2004-IN, el 20 de febrero del 2004.

[18] Adscrita a la División de Investigación de Secuestros.

[19] Alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 1997-2002.

[20] En *Naciones Unidas*, ‹http:// www.unhr.ch/huridoca.nsfs› (9/06/2006).

[21] Alda Facio: "El tráfico de mujeres, niños y niñas para la industria sexual y la participación de las mujeres en este crimen: un análisis contextual", en *Instituto Latinoamericano de las Naciones*

4.1. Modalidades de captación

Los reclutadores de la trata de personas suelen utilizar ciertas modalidades para captar a sus víctimas: aparentes puestos de trabajo,[22] estudios, matrimonios o adopciones.[23] En su gran mayoría se promocionan de manera muy llamativa: exaltan lo foráneo, el dinero rápido; para el trabajo no exigen experiencia ni formación académica especial; ofrecen ayudas y préstamos a fin de conseguir los documentos necesarios para ingresar al país de destino. Las medidas extremas empleadas por los tratantes, como raptos y secuestros, no son muy habituales en América Latina ni en la trata internacional; se presentan en mayor medida en la trata de carácter interno.

Si pudiéramos hacer una clasificación de dichas modalidades (únicamente con fines académicos), puesto que en la práctica se presenta más de una vez la fusión de una con otra, las dividiríamos en directas o indirectas, individuales o colectivas.[24]

En las directas, los reclutadores son personas, extrañas o conocidas, que se encargan de contactar, persuadir y convencer a las potenciales víctimas para que acepten las ofertas que les formulan. Estos contactos se pueden realizar tanto en lugares públicos como privados. Las indirectas son las que se realizan a través de otros medios, como los periódicos, la radio e Internet.

Las modalidades individuales pueden obedecer a la iniciativa ajena o a la iniciativa propia; en la primera el tratante aborda a la persona para hacerle un ofrecimiento, y en la segunda la posible víctima se ofrece como candidata para la propuesta que ha recibido. Por su parte, las modalidades colectivas son ofrecimientos que se realizan a un grupo, ya sea en reuniones, citas, convocatorias comunales o en los medios de comunicación, entre otras posibilidades.

En el Perú se ha determinado que las víctimas son captadas en su gran mayoría por promesas de trabajo anunciadas en diarios, radios locales, calles principales, agencias de empleos, así como por promesas de una mejor calidad de vida en el exterior a través de vínculos amorosos y promesas de matrimonio con extranjeros.[25]

Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, ‹http://www.ilanud.or.cr› (16/06/2006).

[22] Para desempeñarse como camareras, empleadas domésticas, cuidadoras de niños, enfermos o ancianos, artistas, bailarinas, modelos, animadoras.

[23] En su gran mayoría estas ofertas están dirigidas a menores de edad, pero se han dado casos en el Perú en que mujeres mayores de edad han sido adoptadas, con el fin de llevar a cabo los propósitos de las redes criminales.

[24] Fundación Esperanza: *Tráfico de personas en Colombia: memorias*; Bogotá, 2000, pp. 68-69; Fundación Esperanza: *Tráfico de personas: naufragio de sueños*, Bogotá, 2003, pp. 28-32; Ruth Myrian Domínguez Casteblanco: *El tráfico de mujeres: un tema a incluir en la agenda colombo-española del año 2000*; Santa Fe de Bogotá, 2000, pp. 15-16; Gina Gallardo: *Tráfico de mujeres desde la República Dominicana con fines de explotación sexual*, Santo Domingo, 2001, p.15.

[25] Flora Tristán: *Diagnóstico sobre trata de mujeres, niños y niñas en ocho ciudades del Perú*, Lima, 2005, p. 31; Oficina Regional para los Países Andinos, Organización Internacional de las Migraciones y Movimiento el Pozo: o. cit., p. 2.

4.2. Lugares de origen y destino

En la actualidad se considera que América Latina es una de las áreas de mayor emisión de mujeres con fines de explotación sexual.[26] Y como lugares de destino se señala, en América Latina y el Caribe, a las Antillas Neerlandesas, Saint Thomas, Haití, Costa Rica, Panamá, Venezuela y Argentina; en Europa, a Holanda, Luxemburgo, Alemania, España, Italia, Grecia, Suiza, Austria, Polonia y Rusia; en Asia, a Japón, Hong Kong, Singapur, Taiwán, Tailandia y Filipinas; y en Medio Oriente, a Israel.[27]

En el caso del Perú, la trata interna es la predominante. Son ciudades de origen Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Chiclayo, Cusco Huánuco, Iquitos, Lima, Madre de Dios, Piura, Puno, Tarapoto, Trujillo, Tumbes y Yurimaguas, y como ciudades de destino, Andahuaylas, Bagua, Cajamarca, Chiclayo, Chimbote, Chincha, Condesuyos, Cusco, Huancavelica, Ica, Lima, Pisco, Piura, Pucallpa, Puno, Puerto Maldonado, Tacna, Tambogrande, Tarapoto, Tocache, Trujillo y Yurimaguas.

En el caso de la trata internacional, los países de destino de víctimas peruanas son Alemania, Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, España, Estados Unidos, Francia, Gabón, Holanda, Italia y Japón.

4.3. Derechos humanos violados

La problemática de la trata de personas puede ser analizada desde diversas perspectivas, a saber: la de la migración, la de género, la laboral, la del control criminal y la de los derechos humanos. Nosotros optaremos por esta última, es decir, partiremos de la premisa de que la trata de mujeres con fines de explotación sexual representa una violación flagrante de sus derechos humanos, y en ese sentido el tratamiento que se tendría que dar a dichas víctimas no debería partir de otra visión que aquella de los derechos humanos.

4.3.1. Durante la trata

Una vez que los tratantes han engañado o coaccionado a las víctimas con ideas de mejorar su calidad de vida, omitiendo las características reales de las actividades que van a realizar, las someten a situaciones violatorias a los derechos humanos.[28] Así, cuando han llegado al lugar de destino les retienen sus documentos de identidad y de viaje; les hacen perder la comunicación con su familia, amigos y comunidad local; las privan del sueño, agua, luz; les generan deudas económicas con intereses leoninos

---

[26] Laura Langberg, en *Organización de Estados Americanos*, ‹http://www.oas.org› (02/05/2004).

[27] Organización Internacional de las Migraciones: *Tráfico de mujeres desde la República Dominicana con fines de explotación sexual*, Santo Domingo, 2001, p. 16.

[28] London School of Hygiene and Tropical Medicine: *The Health Risks and Consequences of Trafficking in Women and Adolescents. Findings from a European Study*, Londres, 2003, pp. 24-27.

por supuestos conceptos de alojamiento, comida y ropa; las obligan a vivir en condiciones totalmente insalubres, con una pésima dieta alimentaria; les niegan asistencia médica; les restringen sus movimientos, tiempo y actividades —siempre están vigiladas—; las manipulan, humillan, intimidan, chantajean y amenazan constantemente; las golpean de manera brutal; las violan, las obligan a prostituirse, a tener relaciones sexuales sin protección, en algunos casos, y en otros las fuerzan al uso abusivo de métodos anticonceptivos, así como a abortar forzada e inseguramente; les originan dependencias del alcohol y drogas; las alquilan, las revenden por un precio que depende de su edad, experiencia y atributos físicos, y en muchos casos las asesinan.

Como podemos observar, estas situaciones condensan todo un espectro de múltiples y graves violaciones a los derechos humanos, a las que se ven sometidas continuamente las mujeres en su vivencia de la trata. Los derechos humanos aquí atentados están recogidos en diversos instrumentos internacionales y regionales. Por cuestión de espacio, nos limitaremos a mencionar cuáles son, sin brindar una definición de cada uno ni señalar dónde se encuentran recogidos específicamente. Entre estos derechos están el derecho a la vida; a la libertad, seguridad e integridad personales; a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a no estar sometido a esclavitud; a la salud física y mental; a la protección de la honra, reputación personal y la vida privada; al libre desarrollo de la personalidad; a la libertad de escoger profesión y oficio; a circular libremente; y el derecho de toda mujer a tener una vida libre de violencia.

4.3.2. Después de la trata

Después que algunas de las víctimas de la trata de personas han logrado escapar de esa situación o han podido ser rescatadas, las violaciones a sus derechos humanos en ciertos casos continúan al regresar a lugar de origen, y en otros en el lugar de destino.[29] En el lugar de destino, las víctimas muchas veces son vistas como delincuentes, inmigrantes criminales; no se les permite el acceso a servicios de justicia, de asistencia y protección; si son ilegales, reciben un tratamiento abusivo y discriminatorio, son retenidas en prisiones porque no existen refugios; en algunos casos se las somete a cargos penales por ejercer la prostitución; se las deporta inmediatamente. En el lugar de origen, se ven obligadas a vivir en las circunstancias de las que escaparon; se les niega el acceso a la justicia a través de una acción civil o penal en contra de los responsables, y no están protegidas de las represalias que pudieran tomar las redes criminales al ser denunciadas.

En esta etapa, al igual que durante la trata, se evidencia una serie de violaciones a los derechos humanos de las víctimas de trata de personas, como el derecho a la

---

[29] Fundación Esperanza: *Metamorfosis de la esclavitud. Manual jurídico sobre trata de personas*, Bogotá, 2005, pp. 46-47.

vida; a la libertad, seguridad e integridad personales; a tener igual protección de la ley; a un recurso sencillo, rápido y efectivo al debido proceso; a la defensa; a elegir su residencia; a no ser expulsadas o extraditadas cuando haya razones fundadas de estar en peligro de sufrir tortura; a buscar asilo, entre otros.

No obstante sólo haber señalado las violaciones a los derechos humanos de las mujeres víctimas de la trata con fines de explotación sexual, durante y después de ésta, ello no significa afirmar que antes no existe violación de determinados derechos, como son los derechos económicos, sociales y culturales. En esta etapa, el Estado no ha garantizado a sus nacionales la plena garantía de sus derechos fundamentales, es decir, las condiciones mínimas de bienestar para que puedan desarrollar una personalidad libremente y optar por un proyecto de vida distinto del que les ofrecen los tratantes.

5. Marco jurídico de regulación

Brevemente revisemos algunos de los instrumentos jurídicos internacionales, americanos y nacionales que sirven de marco para la regulación de la trata de personas.

5.1. Internacional

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[30] en su artículo 8, establece:

> 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[31] conviene en su artículo 6:

> Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional,[32] en su artículo 7, señala que con determinadas características son crímenes de lesa humanidad:

> g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier forma de violencia de gravedad comparable.

Y en su artículo 8 establece como crímenes de guerra:

> xxii) cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra.

---

[30] Adoptado en 1966, entró en vigor en 1976; fue ratificado por el Estado peruano en 1978.
[31] Adoptada en 1979, entró en vigor en 1981; fue ratificada por el Estado peruano en 1982.
[32] Adoptado en 1998, entró en vigor en el 2002; ratificado por el Estado peruano en el 2001.

Igualmente, diversas conferencias mundiales han hecho referencia al tema de trata de mujeres; si bien no tienen carácter vinculante, sus resultados son compromisos políticos internacionales que contienen recomendaciones aceptadas por los Estados.

En las Conferencias Mundiales de la Mujer, el tratamiento del tema de la trata de mujeres ha sido una constante. Así, en la Segunda Conferencia[33] se aprobó una resolución[34] respecto a la explotación de la prostitución ajena y la trata de personas, en la que se consideró a la explotación sexual como una verdadera esclavitud y se llamó a los diversos organismos de las Naciones Unidas a trabajar en la prevención de la prostitución forzada, la represión de su explotación y la contribución en la rehabilitación de sus víctimas; así mismo, se invitó a los Estados a que adoptaran medidas contra las redes internacionales de traficantes. De igual manera, la Tercera Conferencia[35] llamaba la atención respecto a mejorar las medidas internacionales en el combate de la trata de mujeres con fines de prostitución.[36] La Cuarta Conferencia[37] planteó entre sus objetivos estratégicos y medidas en el campo de la violencia contra la mujer[38] la eliminación efectiva de la trata de mujeres y niñas para el comercio sexual y la adopción de medidas para abordar su causas fundamentales, intensificar la cooperación para desmantelar las redes nacionales, regionales e internacionales, y formular programas amplios para las víctimas.

Por otro lado, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos,[39] en su Declaración y Programa de acción,[40] reconocía las formas de explotación sexual, en particular las derivadas de la trata internacional de personas, como incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana, y señalaba la necesidad de eliminarlas a través de medidas nacionales y de cooperación internacional en diversas esferas.

Igualmente, la Conferencia Mundial sobre el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Contemporáneas de Intolerancia,[41] en su Plataforma de acción,[42] hizo referencia en varias oportunidades a la problemática de la trata de mujeres y niños, a su relación con el racismo, la xenofobia y formas conexas de intolerancia, a las medidas que los Estados deberían tomar en el campo de la prevención, el combate y la eliminación de todas las formas de trata, y a la cooperación regional e internacional necesaria en torno a este tema.

---

[33] Celebrada en Copenhague en 1980.

[34] Resolución 43, *Explotación de la prostitución ajena y la trata de personas aprobada por la Conferencia*.

[35] Celebrada en Nairobi en 1985.

[36] Párrafos 290 y 291.

[37] Celebrada en Beijing en 1995.

[38] Párrafos 122 y 130.

[39] Celebrada en Viena en 1993.

[40] Párrafos 18 y 38.

[41] Celebrada en Durban en el 2001.

[42] Párrafos 38, 63, 64, 67, 69, 88, 139, 157, 174 y 186.

Como puede observarse, en los citados instrumentos internacionales sólo se da una prohibición de la trata de personas, mas ninguno de ellos ofrece una definición ni un abordaje de todos los aspectos del fenómeno. Es sólo con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[43] que la comunidad internacional esboza una definición de la problemática, establece las obligaciones de los Estados y los derechos de las víctimas.

En el apartado de *disposiciones generales*, el citado Protocolo señala como sus fines la prevención y el combate de la trata de personas, con especial atención en las mujeres y los niños; la protección y ayuda a las víctimas, respetando sus derechos humanos; y la promoción de la cooperación entre los Estados partes. De otro lado, se deja establecido que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios[44] señalados en el artículo 3.*a*. En cambio, se configurará el delito de trata de personas en niños aunque no se haya recurrido a dichos medios. En cuanto al ámbito de aplicación, este Protocolo se aplicará a delitos de carácter transnacional y que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. Respecto a la penalización, los Estados partes deberán adoptar medidas legislativas y de otra índole que fueren necesarias para tipificar la trata de personas como delito en su derecho interno.

En el apartado de *protección de las víctimas de la trata de personas*, se hace referencia a la asistencia y la protección de las víctimas: privacidad, identidad, información respecto los procedimientos judiciales y administrativos pertinentes; medidas destinadas a prever su recuperación física, psicológica y social y obtener una indemnización por los daños sufridos, medidas apropiadas que permitan a las víctimas permanecer en el territorio de algunos Estados temporal o permanentemente, cuando proceda.

En el apartado de *medidas de prevención, cooperación y otras medidas*, se establece que los Estados deberán planificar políticas, programas y medidas de diversa índole, para prevenir y combatir la trata de personas y proteger a las víctimas contra un nuevo riesgo de victimización. En ese sentido deberán entablar cooperación nacional (con organizaciones de la sociedad civil), bilateral y multilateral, e intercambiar información para alcanzar los fines trazados.

---

[43] Adoptada en el 2000, suscrita por el Estado peruano el 14 de diciembre del 2000, aprobada por resolución legislativa n.º 27527 y ratificada por el decreto supremo n.º 088-2001-RE, entró en vigencia en nuestro país el 29 de septiembre del 2003.

[44] Amenaza, fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pago o beneficios.

5.2. Americano

La Convención Americana sobre Derechos Humanos,[45] en su artículo 6.1, señala:

> Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer[46] —Convención de Belem Do Pará—, en su artículo 2 conviene lo siguiente:

> Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:
> […]
> b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprender entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

Igualmente, observamos en los citados instrumentos una prohibición de la trata de mujeres, a partir de concebirla como una forma de violencia contra la mujer.

5.3. Nacional

La Constitución Política del Perú, de 1993, en su artículo 2, inciso 24.*b*, señala:

> Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre, y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas

El Código Penal Peruano de 1991, modificado con la ley n.º 28 251, vigente a partir del 9 de junio del 2004, señala en su artículo 182:

> El que promueve o facilita la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años […].

6. Recomendaciones al Estado peruano

Para evitar y combatir eficazmente la trata de mujeres con fines de explotación sexual se requiere un enfoque global, es decir, se torna necesario tomar medidas en los ámbitos de la prevención a potenciales víctimas y a sus ciudadanos en general, en el de la sanción a los responsables, y en el de la atención y protección a las víctimas. Esta estrategia

---

[45] Adoptada en 1969, entró en vigor en 1978; fue ratificada por el Estado peruano en 1978.
[46] Adoptada en 1994, entró en vigor en 1995; fue ratificada por el Estado peruano en 1996.

no es más que el reflejo de lo propuesto por el derecho internacional de los derechos humanos, que establece que los Estados tienen el deber de respetar y garantizar el respeto de los derechos humanos, incluyendo la obligación de impedir e investigar sus violaciones, ejercer acciones oportunas contra los responsables y proporcionar acciones indemnizatorias para aquellas personas cuyos derechos hayan sido vulnerados.

Estas recomendaciones no pretenden solucionar el problema, pero sí apuntan a lograr algún avance en lo trabajado hasta el momento en el Perú.

6.1. En el ámbito de la prevención

- Abordar las causas básicas, tales como la pobreza, la desigualad y la discriminación que sufren las mujeres;
- eliminar las prácticas estereotipadas y sexistas que consideran a las mujeres como mercancías y objetos sexuales;
- efectuar acciones de sensibilización e información (campañas, charlas, programas, operaciones);
- coordinar acciones a escala nacional entre los diversos sectores y niveles de gobierno (nacional, provincial y local) y la sociedad civil;
- cooperar en el plano internacional, tanto judicial como consularmente entre los Estados;
- crear y mantener registros estadísticos en la materia;
- capacitar a funcionarios de los consulados peruanos en el exterior, a la Policía Nacional, el Ministerio Público, el Poder Judicial, los Ministerios de la Mujer y de Salud, en el tema de la trata de personas.

6.2. En el ámbito de la sanción

- Asegurar un marco legal adecuado, que incluya todas las finalidades de la trata de personas;
- procesar adecuadamente a los tratantes;
- detectar y desarticular las mafias;
- proceder con el inmediato decomiso y confiscación de los bienes de los tratantes;
- sancionar a todas las personas naturales y jurídicas que encubren este crimen.

6.3. En el ámbito de la atención y la protección[47]

- Garantizar que las víctimas no sean objeto de discriminación por la legislación ni las prácticas sociales;

[47] Alianza Global contra la Trata de Mujeres: *Normas fundamentales de derechos humanos para el trato a víctimas de la trata de personas*, pp. 1-21.

- no detenerlas, encarcelarlas ni procesarlas;
- facilitarles la expedición de nuevos documentos de identidad;
- garantizar que puedan interponer acciones penales y civiles contra los tratantes, con la posibilidad de reclamar reparación e indemnización por los daños sufridos;
- proporcionarles cuidados médicos y psicológicos adecuados y confidenciales;
- protegerlas y prestarles apoyo social y legal, incluyendo el alojamiento, la provisión de un abogado y el asesoramiento gratuito e independiente;
- desde la demanda se deberá respetar la intimidad, la dignidad y la seguridad de las víctimas;
- facilitarles la obtención del estatus de residencia en el lugar de destino en que se encuentren;
- informales de su derecho de pedir refugio;
- proporcionarles protección de posibles represalias o daños;
- establecer un sistema de protección de testigos.

Bibliografía

ALIANZA GLOBAL CONTRA LA TRATA DE MUJERES: *Normas fundamentales de derechos humanos para el trato a víctimas de la trata de personas*.

COMISIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE MALOS TRATOS A MUJERES, DIRECCIÓN GENERAL DE LA MUJER DE LA COMUNIDAD DE MADRID: *Informe sobre el tráfico de mujeres y la prostitución en la comunidad de Madrid*, Madrid, 2002.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA MUJER, CONSEJERA DE SERVICIOS SOCIALES: *Simposio Internacional sobre Prostitución y Tráfico de Mujeres con Fines de Explotación Sexual*, Madrid, 2000.

DOMÍNGUEZ, Ruth Myrian: *El tráfico de mujeres: un tema a incluir en la agenda colombo-española del año 2000*, Santa Fe de Bogotá, 2000.

FACIO, Alda: "El tráfico de mujeres, niños y niñas para la industria sexual y la participación de las mujeres en este crimen: un análisis contextual", en *Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente*, ‹http://www.ilanud.or.cr› (16/06/2006).

FUNDACIÓN ESPERANZA: *Metamorfosis de la esclavitud. Manual jurídico sobre trata de personas*, Bogotá, 2005.

— *Tráfico de mujeres en Colombia. Diagnóstico, análisis y propuestas*, Bogotá, 1998.

— *Tráfico de personas en Colombia. Naufragio de sueños*, Bogotá, 2002.

GALLARDO, Gina: *Tráfico de mujeres desde la República Dominicana con fines de explotación sexual*, Santo Domingo, 2001.

"Guía para el Nuevo Protocolo de las Naciones Unidas sobre el Tráfico de Personas", en *Instituto Nacional de las Mujeres México*, ‹http://www.inmujeres.gob› (9/07/2006).

KARTUSH, Angélica: "Las dimensiones raciales del tráfico de personas en especial mujeres y niñas", en *Instituto por los Derechos Humanos*, ‹http://www.univie.ac.at/bim› (17/01/2005).

"La explotación sexual viola los derechos humanos", en *Coalición contra el Tráfico de Mujeres*, ‹http://www.catwinternational.org› (1/06/2006).

LANBERG, Laura, en *Organización de Estados Americanos*, ‹http://www.oas.org› (02/05/2004).

LONDON SCHOOL OF HYGIENE AND TROPICAL MEDICINE: *The Health Risks and Consequences of Trafficking in Women and Adolescents. Findings from a European Study*; Londres, 2003.

NACIONES UNIDAS: ‹http:// www.unhr.ch/huridoca.nsfs› (9/06/2006).

OFICINA REGIONAL PARA LOS PAÍSES ANDINOS, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES Y MOVIMIENTO EL POZO: *Trata de mujeres para fines sexuales comerciales en el Perú*, Lima, 2005.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES: *Tráfico de Mujeres desde la República Dominicana con Fines de Explotación Sexual*, Santo Domingo, 2001.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: ‹http://www.iom.int› (17/01/2005).

US DEPARMENT OF STATE, ‹http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2006/65989.htm›, ‹http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2005/46614.htm›, ‹http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2004/33198.htm› (30/06/2006).

TRISTÁN, Flora: *Diagnóstico sobre trata de mujeres, niños y niñas en ocho ciudades del Perú*, Lima: 2005.

"Venta de esperanzas y robo de sueños: Trata de mujeres y explotación de trabajadoras domésticas", en *Fondo de Población de las Naciones Unidas*, ‹http://www.unfpa.org/swp/2006/spanish/chapter_3/index.html› (28/09/2006).

Luis Alberto Huerta Guerrero (Perú) *

Reflexiones sobre la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros,* relativo a la aplicación de la pena de muerte en Trinidad y Tobago

1. Presentación

A partir de la segunda mitad del siglo XX, el progresivo desarrollo de sistemas internacionales de promoción y protección de los derechos humanos ha atravesado por diferentes etapas. El primer gran momento se dio con la aprobación de instrumentos declarativos a través de los cuales se reconoció un conjunto de derechos como inherentes al ser humano. El segundo paso lo constituyó la adopción de tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales contienen obligaciones jurídicas para los Estados respecto a estos derechos y cuyo incumplimiento puede dar lugar a una responsabilidad internacional. La tercera etapa ha estado constituida por el establecimiento de órganos internacionales de protección de derechos humanos, con distinto origen (convencionales y no convencionales), con distintas funciones (promoción y protección) y cuyas decisiones tienen asimismo diferentes alcances (recomendaciones, opiniones consultivas y sentencias de cumplimiento obligatorio). Sin duda alguna, en el marco de esta tercera etapa, un lugar importante para la tutela internacional de los derechos humanos lo tienen los tribunales internacionales, que han venido

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Andina Simón Bolívar (Institución académica de la Comunidad Andina). ‹lhuerta@pucp.edu.pe›.

** La Corte ordenó diferentes reparaciones. Sin embargo, destaca de modo particular aquella por medio de la cual decidió que el Estado demandado se abstuviese de ejecutar a las personas cuyos derechos se vieron afectados en este caso, incluso en el supuesto de que fueran sometidas a un nuevo proceso bajo una nueva legislación emitida conforme a los lineamientos ordenados por la Corte.

desarrollando una importante jurisprudencia relacionada con el contenido de estos derechos y las obligaciones del Estado de respetarlos y garantizarlos.

El denominado *sistema interamericano de protección de los derechos humanos* ha atravesado por estas etapas y se encuentra todavía en permanente perfeccionamiento, por lo que resulta necesario profundizar en sus instituciones, procedimientos y decisiones, lo cual requiere un análisis de los diferentes casos que han llegado a conocimiento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El presente trabajo se enmarca en esta perspectiva y contiene un análisis de la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros*, del 21 de junio del 2002, cuya controversia central estuvo relacionada con la condena a muerte impuesta a 31 personas en el Estado de Trinidad y Tobago, en aplicación de la denominada Ley de Delitos contra la Persona.

2. Hechos relevantes

Los hechos relevantes para el análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son:

- La existencia en Trinidad y Tobago (desde 1925) de la denominada Ley de Delitos contra la Persona, la cual establece la pena de muerte como sanción única para el delito de homicidio intencional. El contenido de esta norma y su aplicación serán el eje de la controversia ante la Corte Interamericana.
- En aplicación de la mencionada ley, 31 personas fueron juzgadas, declaradas culpables de homicidio intencional y condenadas a morir en la horca. En términos generales, estos procesos se iniciaron y fueron resueltos durante los años noventa.
- Todas las presuntas víctimas acudieron a los correspondientes procesos internos para la revisión de sus condenas.
- En los casos de la mayoría de las presuntas víctimas, no se respetaron las garantías del debido proceso en la fase previa al juicio, durante su desarrollo ni en la etapa de apelación, en virtud de diversos factores, como la demora injustificada en los procesos y la falta de asistencia letrada.
- En los casos de la mayoría de las presuntas víctimas, los plazos entre su arresto y la respectiva decisión judicial final duraron entre un mínimo de cuatro años hasta un máximo de once años y nueve meses.
- La detención previa y posterior al juicio de todas las presuntas víctimas se realizó en condiciones de agudo hacinamiento y falta de higiene, en celdas sin suficiente ventilación ni iluminación natural, ubicadas en la cercanía del lugar donde se ejecuta a las personas condenadas a muerte. Los condenados carecían de condiciones de alimentación, atención médica y recreación adecuadas.

- Al momento de la sentencia de la Corte Interamericana (21 de junio del 2002), de las 31 presuntas víctimas, 29 se encontraban detenidas en las prisiones de Trinidad y Tobago y en espera de su ejecución en la horca, y las dos excepciones eran Joey Ramiah, que había sido ejecutado, y Wayne Matthews, cuya pena fue conmutada.

3. Derechos analizados en la sentencia sobre el fondo

En su sentencia sobre el fondo, la Corte analizó si el Estado de Trinidad y Tobago era responsable de la afectación de los siguientes derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención), respecto a las 31 personas que fueron juzgadas y condenadas a pena de muerte en aplicación de la Ley de Delitos contra la Persona:

- derecho a la vida;
- derecho al debido proceso;
- derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales;
- derecho a la integridad personal.

A la vez de señalar en cada sección lo que finalmente resolvió la Corte sobre cada derecho, mencionaremos también las reparaciones correspondientes adoptadas por este tribunal.[1]

3.1. Derecho a la vida

El artículo 4.º de la Convención reconoce el derecho a la vida y establece medidas orientadas a garantizarlo. De los seis incisos relacionados con este derecho, cinco se refieren a la pena de muerte. El caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros* constituye la primera sentencia de la Corte en un caso contencioso relacionado con la aplicación de la pena capital.

El análisis de la Corte relacionado con el artículo 4.º de la Convención se puede dividir en dos temas. Por un lado, el análisis de la Ley de Delitos contra la Persona, por medio de la cual fueron juzgadas y sentenciadas a pena de muerte todas las presuntas víctimas de este caso, y, por otra parte, el incumplimiento de las medidas provisionales adoptadas a favor de una de ellas.

3.1.1. Legislación sobre pena de muerte incompatible con la Convención

En este caso, la Corte evaluó la compatibilidad entre la Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago y los artículos 4.1, 4.2 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La idea central respecto a este tema giró en torno a que

dicha ley establecía una "pena de muerte obligatoria", lo que resultaba incompatible con la Convención. Veremos el análisis de cada uno de estos artículos por separado, su relación con el contenido de la mencionada ley, y finalmente señalaremos las recomendaciones realizadas por la Corte a efectos de modificarla.[2]

3.1.1.1. Privación arbitraria de la vida (artículo 4.1 de la Convención)

La pena de muerte implica un acto contrario al derecho a la vida, que, si bien no está prohibido por la Convención, se encuentra limitado en cuanto a su aplicación, pues el artículo 4.º de este tratado establece una serie de reglas que deben ser observadas por el Estado respecto a la pena capital (imposibilidad de aplicar esta sanción por delitos políticos, a menores de edad, a mujeres embarazadas, etcétera). En su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha agregado dos elementos adicionales, no mencionados de forma expresa en la Convención. Por un lado, el respeto a las garantías procesales en aquellos procesos que podrían concluir en una sentencia de pena de muerte —lo cual resulta obvio, pues todo proceso debe respetar las garantías mínimas previstas en el artículo 8.º de la Convención— y, por otra parte, lo que nos interesa resaltar, la necesidad de "atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital".[3]

En el caso objeto de análisis, la Corte Interamericana evaluó el contenido de la norma del Estado demandado (Ley de Delitos contra la Persona) que establecía la sanción de la pena de muerte para el tipo penal de homicidio y concluyó que ésta no le permitía al juez evaluar las circunstancias particulares de cada caso, lo cual resultaba contrario a la prohibición de toda "privación arbitraria de la vida" prevista en el artículo 4.1 de la Convención. Al respecto señaló (fundamento 103 de la sentencia):

---

[1] El artículo 63.º de la Convención señala que "cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en (la Convención), la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere 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".

[2] Hay un aspecto adicional que agregar y es el hecho de que la Corte empleó la institución del *iura novit curia*, que consiste en la facultad del juez de aplicar el derecho objetivo necesario para la resolución del caso, aunque no haya sido invocado por las partes. En el caso concreto, las normas incorporadas por la Corte al análisis de este caso fueron los artículos 4.2 y 2 de la Convención. En palabras del tribunal: "La Corte estima que a pesar de que la violación del artículo 4.2 [y el artículo 2] de la Convención no fue alegada específicamente por la Comisión [Interamericana de Derechos Humanos] en sus demandas […], esto no impide que sea examinada por el Tribunal, en razón del principio general de derecho *iura novit curia*, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional, [entendiéndolo] en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente".

[3] Opinión consultiva OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 8 de setiembre de 1983, fundamento 55.

> La Corte constata que la Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago de 1925, ordena la aplicación de la pena de muerte *de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconoce que éste puede presentar diversos órdenes de gravedad*. De ese modo, la referida Ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues *se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí*, lo que, a la luz del artículo 4 de la Convención Americana, es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y *constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la Convención*.[4]

El análisis realizado por la Corte se centra en el contenido de la norma, es decir, la violación de la Convención se origina por la sola vigencia del dispositivo legal del Estado demandado, que contiene una "pena de muerte obligatoria". A partir de esto podría presumirse que la aplicación automática de esta norma por los jueces resulta también contraria a la Convención, aunque no hay mayor evaluación de la Corte sobre la conducta de los jueces. Esto último habría sido interesante a fin de constatar o negar si los delitos cometidos por las presuntas víctimas resultaban de tal gravedad que correspondía aplicar la pena capital. El análisis del caso estrictamente sobre la base del contenido de la norma se corrobora con el siguiente argumento de la Corte (fundamento 104 de la sentencia):

> Conviene precisar que la Ley de Delitos contra la Persona ofrece dos particularidades principales: a) en cuanto a la determinación de la responsabilidad penal, solamente autoriza al juzgador para encontrar responsable a una persona por homicidio intencional basándose en la categoría del delito, *sin que pueda tomar en cuenta las condiciones personales del justiciable ni las circunstancias particulares del delito*, y b) en lo que toca a la determinación de la sanción, impone de manera mecánica y genérica la aplicación de la pena de muerte para todo culpable de homicidio intencional e impide que dicha sanción pueda ser modificada por la vía de la revisión judicial.[5]

Entendemos, en consecuencia, que para la Corte los jueces de Trinidad y Tobago no podían en absoluto moderar los alcances de la ley a las exigencias del caso o incluso inaplicarla a un caso concreto. Del razonamiento de la Corte no se puede afirmar que esto así haya ocurrido, pues se pronuncia en abstracto sobre la norma y no sobre resoluciones judiciales concretas, lo que habría sido interesante. Esto es compatible con la tendencia del tribunal a considerar que un Estado tiene responsabilidad internacional por el solo hecho de expedir normas cuyo contenido sea incompatible con la Convención.[6]

---

[4] Cursivas agregadas.

[5] Cursivas agregadas.

[6] En un principio la Corte no tuvo esta tendencia, pero luego la asumió. Este cambio se aprecia, por ejemplo, en la sentencia sobre el fondo en el caso *Loayza Tamayo*, del 17 de setiembre de 1997, fundamento 68, en la cual la Corte declaró incompatibles con la Convención dos decretos leyes emitidos por el Estado demandado (Perú).

Basándose en los argumentos expuestos, la Corte consideró que el Estado demandado violó el artículo 4.1 de la Convención en conjunción con el artículo 1.1, en perjuicio de 31 personas juzgadas y sentenciadas a pena de muerte con base en la Ley de Delitos contra las Personas.

3.1.1.2. Aplicación de la pena de muerte a los delitos más graves (artículo 4.2 de la Convención)

El artículo 4.2 de la Convención señala que, en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta solamente podrá ser impuesta para el caso de "los delitos más graves". En el caso objeto de análisis, la Corte se refirió a este tema, relacionándolo además con el artículo 4.1, analizado en la sección anterior. Al respecto señaló (fundamento 106 de la sentencia):

> *Una de las formas que puede asumir la privación arbitraria de la vida*, en los términos de la prohibición del artículo 4.1 de la Convención, es la que se configura cuando, en los países en que aún existe la pena de muerte, ésta se utiliza para *castigar delitos que no presentan las características de máxima gravedad*, como ocurre en Trinidad y Tobago en virtud de lo dispuesto por la Ley de Delitos contra la Persona, es decir, cuando la aplicación de esa pena no se ciñe a las previsiones del artículo 4.2 de la Convención Americana.

A partir de este argumento, la Corte consideró que el Estado demandado violó el artículo 4.2 de la Convención en conjunción con el artículo 1.1, en perjuicio de 31 personas juzgadas y sentenciadas a pena de muerte con base en la Ley de Delitos contra las Personas.

Dado que el único argumento empleado por la Corte respecto al artículo 4.2 fue el anteriormente citado, no queda claro si para este tribunal el tipo penal de homicidio previsto en la Ley de Delitos contra la Persona no era tan grave que pudiera justificar la aplicación de la pena de muerte, o si el hecho de que los jueces tuvieran que aplicarla de manera automática y obligatoria, sin posibilidad de evaluar cada situación concreta, hacía imposible separar los hechos realmente graves de aquellos otros que no lo eran, por lo que tal sanción podía aplicarse a supuestos que no la justificarían. Sin embargo, en tanto este tema es abordado de conformidad con lo señalado por la Corte respecto a la violación del artículo 4.1 de la Convención, consideramos que la segunda opción refleja la posición de la Corte.

3.1.1.3. Obligación del Estado de adoptar medidas que hagan efectivos los derechos fundamentales (artículo 2.º de la Convención)

Al ratificar la Convención Americana, los Estados asumen un conjunto de obligaciones respecto a los derechos que ésta reconoce. Esas obligaciones son las de respeto y garantía, contenidas en los artículos 1.º y 2.º de la Convención. En su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha precisado el contenido de estas obligaciones y ha señalado, respecto a la obligación de garantía de los derechos

humanos, que ésta implica prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier acto lesivo en su contra.

En el caso concreto, la Corte analizó si se había desconocido la obligación reconocida en el artículo 2.º de la Convención, según la cual:

> Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los Estados partes se comprometen a adoptar*, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, *las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*.[7]

Al interpretar los alcances de esta norma, la Corte Interamericana ha señalado que los Estados partes tienen la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la Convención, para garantizar los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas, es decir, el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica.[8] De acuerdo con la Corte:

> Si los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón *están en la obligación* de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la *de suprimir o modificar* las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del artículo 2 de la Convención.[9]

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de conocer diferentes casos en los cuales constató la existencia de normas contrarias a los derechos reconocidos en la Convención. A partir de la existencia de estas normas, se ha pronunciado por considerar responsables a los Estados por la violación del artículo 2.º de la Convención. A partir de esta tendencia jurisprudencial se puede afirmar, por consiguiente, que, si a propósito de un caso concreto la Corte identifica que la lesión a un derecho fundamental se produjo como consecuencia de una norma legal, el Estado resulta responsable de la violación del citado artículo de la Convención. Algunos ejemplos permitirán ilustrar este tema:

- En el caso *Suárez Rosero*, la Corte señaló que una disposición legal del Estado demandado (Ecuador) violaba por sí misma el artículo 2.º de la Convención. Se trataba de una norma que dejaba a las personas acusadas de un

---

[7] Cursivas agregadas.

[8] Caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)*, sentencia del 5 de febrero de 2001, fundamento 87.

[9] Fundamento 113 de la sentencia; cursivas agregadas.

delito determinado (vinculado a la comercialización de sustancias estupefacientes y psicotrópicas) desprovistas de protección legal a su derecho a la libertad personal. Para la Corte, la norma en cuestión despojaba "a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona[ba] intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, *independientemente de que haya sido aplicada en el caso*".[10]

- En el caso *Barrios Altos*, la Corte señaló que, a causa de la adopción de leyes incompatibles con la Convención —normas de amnistía que impedían la investigación de violaciones a los derechos humanos—, el Estado incumplió la obligación de adecuar el derecho interno a este tratado, consagrada en su artículo 2.º.[11]

En el caso que estamos analizando, la Corte reiteró esta posición y dejó en claro que la sola existencia de la Ley de Delitos contra la Persona hace responsable al Estado de Trinidad y Tobago por la violación del artículo 2.º de la Convención, independientemente de la situación jurídica de las presuntas víctimas a quienes se les aplicó la ley. En palabras de la Corte (fundamentos 116 y 117 de la sentencia):

> La Corte estima que aun cuando no se ha ejecutado a […] las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que *la sola existencia de la Ley de Delitos contra la Persona es per se violatoria de esa disposición convencional*. […]
>
> […] En virtud de que Trinidad y Tobago *no ha adecuado su legislación a la Convención*, ha incumplido la obligación impuesta a los Estados partes por el artículo 2 de la misma.[12]

¿Estamos ante un control abstracto de las normas internas de los Estados a fin de evaluar su compatibilidad con la Convención Americana? En principio podríamos responder de modo afirmativo, pero la Corte sólo podría pronunciarse sobre estos temas en un caso contencioso si en el problema de fondo se encuentra involucrada una norma aparentemente incompatible con la Convención, haya sido o no aplicada en perjuicio de una persona.

3.1.1.4. Modificaciones legales y nuevos procesos ordenados por la Corte

Hemos visto que la Corte Interamericana consideró que el Estado de Trinidad y Tobago violó el derecho a la vida reconocido en los artículos 4.1 y 4.2 de la Convención

---

[10] Caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, fundamento 98; cursivas agregadas.

[11] Caso *Barrios Altos*, sentencia del 14 de marzo de 2001, fundamento 42.

[12] Cursivas agregadas.

Americana, así como la obligación contenida en el artículo 2.º del mismo tratado, en perjuicio de las víctimas del presente caso y como consecuencia de la vigencia y aplicación de la Ley de Delitos de la Persona.

Los efectos jurídicos de esta decisión resultan importantes. En atención a los fundamentos anteriormente expuestos, la Corte señaló en el punto 8 de la parte resolutiva de la sentencia:

> [El Estado demandado] debe *abstenerse de aplicar* la Ley de Delitos contra la Persona de 1925 y, dentro de un plazo razonable, debe *modificarla adecuándola a las normas internacionales de protección de los derechos humanos*, en los términos expuestos en el párrafo 212 de la presente Sentencia.

El citado fundamento 212, ubicado en la sección correspondiente a las "Reparaciones", establece que el Estado deberá modificar la mencionada ley en aspectos específicos, de tal manera que se incluyan "diversas categorías (tipos penales) de homicidio intencional, que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta las circunstancias del delito y del justiciable, y […] una gradación de los niveles de severidad de la pena que guarde relación con la gravedad de los hechos y con la culpabilidad del imputado". Como consecuencia de estas reformas, señala además —en el fundamento 214— que el Estado demandado deberá tramitar nuevamente los procedimientos penales contra las personas que fueron afectadas en sus derechos como consecuencia de la Ley de Delitos contra la Persona, en los cuales se deberá aplicar la nueva legislación.

Tomando en cuenta lo dispuesto por la Corte, entendemos que, si el Estado demandado no modificara su ordenamiento jurídico interno de conformidad con lo señalado en la sentencia y/o no llevase a cabo los nuevos juicios, se presentaría una situación de incumplimiento permanente de la sentencia.

3.1.2. Incumplimiento de medidas provisionales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte Interamericana la adopción de medidas provisionales a favor de varias personas que fueron juzgadas con base en la Ley de Delitos contra la Persona y condenadas a pena de muerte. Uno de los condenados, Joey Ramiah, obtuvo una medida provisional a su favor, mediante resolución del 25 de mayo de 1999. Sin embargo, al poco tiempo, el 4 de junio de 1999, Joey Ramiah fue ejecutado. Para la Corte, este acto constituyó una "privación arbitraria de la vida", expresamente prohibida por el artículo 4.º de la Convención. En los fundamentos 198 y 199 de la sentencia señaló:

> La Corte considera que la ejecución de Joey Ramiah por parte de Trinidad y Tobago *constituye una privación arbitraria del derecho a la vida*. Esta situación *se agrava* porque la víctima se encontraba amparada por una Medida Provisional ordenada por este Tribunal, la cual expresamente señalaba que debía suspenderse la ejecución hasta que el caso fuera resuelto por el sistema interamericano de derechos humanos.

> El Estado de Trinidad y Tobago ha causado un daño irreparable en perjuicio de Joey Ramiah, por haber desconocido la orden concreta de la Corte y deliberadamente haber ordenado la ejecución de esta víctima.[13]

No hubo mayores fundamentos sobre este tema por la Corte. La ejecución de Joey Ramiah fue una situación concreta que consideró lesiva del derecho a la vida, por lo que, si no hubiese existido una medida provisional, su decisión habría sido la misma. Lamentablemente esto no queda tan claro en el fallo de la Corte, pues aborda la ejecución de Joey Ramiah combinando dos temas: la privación arbitraria de la vida y el incumplimiento de las medidas provisionales. Lo que origina la condena de la Corte es lo primero, que, según sus propias palabras, "se agrava" por lo segundo, aunque esto último no genera una consecuencia jurídica diferente. Quizá habría sido adecuado que la Corte se pronunciara sobre esto en un sentido afirmativo. La omisión al respecto no hace sino debilitar la eficacia de estas medidas.

3.2. Debido proceso y protección judicial de los derechos fundamentales

3.2.1. Aspectos generales

Los artículos 8.º y 25.º de la Convención reconocen, respectivamente, el derecho al debido proceso y a la protección judicial de los derechos fundamentales, los cuales han sido objeto de un importante desarrollo a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.2.1.1. Debido proceso

La Convención Americana sobre Derechos Humanos desarrolla los alcances del derecho al debido proceso en su artículo 8.º, denominado de modo inapropiado "Garantías judiciales", como la misma Corte Interamericana ha tenido oportunidad de señalar.[14]

De acuerdo con la Corte, el proceso "es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia", a lo cual contribuyen "el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal".[15] En este sentido, el artículo 8.º de la Convención consagra los lineamientos generales del denominado *debido proceso legal* o *derecho de defensa*

---

[13] Cursivas agregadas.

[14] Para la Corte Interamericana, la expresión *garantías judiciales* hace referencia a los mecanismos o recursos judiciales que permiten proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, por lo que su uso para denominar al conjunto de derechos reconocidos en el artículo 8.º de la Convención puede generar confusión, pues en esta disposición "no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto" ni contiene "un recurso judicial propiamente dicho". Véanse al respecto las opiniones consultivas OC-8/87, del 30 de enero de 1987, y OC-9/87, del 6 de octubre de 1987.

[15] Opinión consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, fundamento 117.

procesal,[16] el cual "abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial".[17] En términos generales, los derechos consagrados en el citado artículo de la Convención y que integran el debido proceso son:

- acceso a la justicia (artículo 8.1);
- derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial (artículo 8.1);
- derecho al plazo razonable de duración de un proceso (artículo 8.1);
- presunción de inocencia (artículo 8.2);
- derecho de defensa, el cual comprende:
  a. derecho del inculpado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete (artículo 8.2.*a*);
  b. derecho del inculpado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada (artículo 8.2.*b*);
  c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (artículo 8.2.*c*);
  d. derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado (artículos 8.2.*d* y 8.2.*e*);
  e. derecho del inculpado a comunicarse libre y privadamente con su defensor (artículo 8.2.*d*);
  f. derecho de defensa del inculpado respecto a los testigos y peritos (artículo 8.*f*);
- derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.*h*);
- derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a declarar sin coacción de naturaleza alguna (artículos 8.2.*g* y 8.3);
- prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos o *non bis in idem* (artículo 8.4);
- publicidad del proceso o proceso público (artículo 8.5).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido importantes decisiones relacionadas con los derechos reconocidos en el artículo 8.º de la Convención. Sin embargo, todavía no existe sobre todos ellos una amplia jurisprudencia, pues las sentencias de la Corte han incidido principalmente en algunos temas o se han referido de manera general a otros.[18]

---

[16] Caso *Genie Lacayo*, sentencia del 29 de enero de 1997, fundamento 74.

[17] Opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, *Garantías judiciales en estados de emergencia*, fundamento 28.

[18] Una síntesis de las sentencias de la Corte Interamericana sobre el debido proceso puede consultarse en nuestro trabajo *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, octubre del 2003.

La afectación de las garantías del debido proceso reconocidas en la Convención puede originar diferentes consecuencias. Así por ejemplo, si un proceso se lleva a cabo con violación del derecho al tribunal competente, independiente e imparcial, tal situación dará lugar a la realización de nuevos procesos ante tribunales que reúnan estas exigencias; si un proceso tiene un plazo excesivo de duración, se deberán adoptar las medidas necesarias para una pronta resolución judicial.

3.2.1.2. Protección judicial de los derechos fundamentales

El artículo 25.º de la Convención Americana reconoce el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales. En este sentido dispone, en su inciso 1.º, que toda persona tiene derecho a contar con "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". Entre estos mecanismos de protección judicial, como lo ha señalado la Corte Interamericana, se encuentran los procesos de amparo y hábeas corpus.

Una revisión de los casos resueltos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos permite identificar hasta seis situaciones que son lesivas del derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales:

a. *Impedimentos legales para la protección judicial de los derechos fundamentales.* Esto ocurre cuando los Estados establecen normas mediante las cuales impiden a las personas presentar un recurso judicial para la tutela de sus derechos.[19]
b. *Situaciones que impiden* ***presentar*** *una demanda de protección judicial de los derechos fundamentales.* Aparte de un impedimento legal, pueden darse otras situaciones que en los hechos impiden que una persona pueda presentar un recurso judicial para la tutela de sus derechos, lo cual puede ir desde la inexistencia de un mecanismo judicial idóneo para tal objetivo hasta una ausencia de actividades de los órganos jurisdiccionales del Estado que no permita el acceso de los ciudadanos a los tribunales.[20]

---

[19] A modo de ejemplo se puede revisar la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo*, del 17 de setiembre de 1997. En este caso, la legislación emitida en el Estado demandado (Perú) prohibía la presentación de hábeas corpus a favor de las personas procesadas por el delito de traición a la patria, sea para salvaguardar su libertad personal o cuestionar la legalidad de su detención, lo cual fue considerado por la Corte como violatorio del artículo 25.º de la Convención.

[20] A modo de ejemplo se puede revisar el Informe 1/95 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso 11.006, *Alan García Pérez*), del 7 de febrero de 1995. En este caso se quiso presentar un hábeas corpus a favor de un ex presidente de la República del Perú, pues existían indicios suficientes que demostraban una persecución en su contra durante el golpe de Estado que ocurrió en este país el 5 de abril de 1992. Para tal efecto, la esposa del ex presidente acudió a las instalaciones del Palacio de Justicia (una de las sede del Poder Judicial), pero éste se encontraba resguardado por las fuerzas armadas, "las cuales [le] impidieron ingresar al mismo o mantener contacto con los magistrados de turno".

c. *Situaciones que impiden **resolver** una demanda de protección judicial de los derechos fundamentales*: Estos casos se presentan cuando, a pesar de haberse logrado presentar un recurso judicial para la protección de los derechos fundamentales, éste no puede ser resuelto por las autoridades judiciales, por diferentes circunstancias.[21]

d. *Impedimento para presentar una demanda de protección judicial de los derechos fundamentales durante los **estados de excepción***. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado de forma clara que en ninguna circunstancia puede impedirse a una persona, durante los estados de excepción, acudir ante las autoridades judiciales de su país a efectos de solicitar la protección de sus derechos fundamentales.[22]

e. *Incumplimiento de resoluciones judiciales adoptadas para proteger derechos fundamentales.* Esto ocurre cuando, a pesar de haberse podido presentar y resolver un recurso judicial para proteger los derechos fundamentales, las decisiones adoptadas en el marco de estos procesos no se cumplen.[23]

f. *Violación de las garantías del debido proceso en el marco de los procesos judiciales destinados a la protección de los derechos fundamentales*. El derecho reconocido en el artículo 25.º de la Convención se ve afectado asimismo cuando en el marco de los procesos judiciales previstos para la tutela de los derechos fundamentales no se respetan las garantías del debido proceso. Para la Corte, la relación entre los artículos 8.º (debido proceso) y 25.º (protección judicial) de la Convención Americana implica la consagración del *derecho de las víctimas a obtener protección judicial de conformidad con el debido proceso legal*.[24] En este sentido, en el marco de los procesos establecidos para la protección judicial de los derechos fundamentales, también se deben respetar las garantías del debido proceso.[25]

---

[21] A modo de ejemplo se puede revisar la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso *Durand y Ugarte*, del 16 de agosto del 2000. En este caso, si bien se pudo presentar un hábeas corpus a favor de personas privadas de libertad en establecimientos penitenciarios, cuyo paradero era incierto luego de la debelación de un motín, los jueces no pudieron ingresar a dichos penales, que fueron declarados "zonas militares restringidas", lo cual impidió "investigar y determinar el paradero de las personas a favor de las cuales se había interpuesto el recurso".

[22] Se pueden revisar al respecto la opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987 (*El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*) y la opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987 (*Garantías judiciales en estados de emergencia*).

[23] A modo de ejemplo se puede revisar la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso *Cesti Hurtado*, del 29 de setiembre de 1999. En este caso, la sentencia de hábeas corpus a favor de esta persona emitida por los tribunales del Estado demandado (Perú) no fue cumplida por quienes estaban obligados a hacerlo.

[24] Caso *Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero del 2001, fundamento 103.

[25] A modo de ejemplo se puede revisar la sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana en el caso *Tribunal Constitucional*, del 31 de enero del 2001. En este caso la Corte constató la falta de imparcialidad de los magistrados que resolvieron un proceso de amparo iniciado por personas afectadas

3.2.2. El caso concreto

En la sentencia objeto de análisis, la Corte agrupó las violaciones alegadas por la Comisión Interamericana en dos temas: la afectación del plazo razonable de duración de un proceso y la ausencia de asistencia legal adecuada.

3.2.2.1. Afectación del plazo razonable de duración de un proceso

El artículo 8.1 de la Convención Americana señala que toda persona tiene derecho *a ser oída dentro de un plazo razonable.* De acuerdo con la Corte Interamericana, éste consiste en "obtener respuesta, dentro de un plazo razonable, a las demandas y solicitudes planteadas a las autoridades judiciales".[26]

La Corte ha dejado en claro que el concepto de *plazo razonable* no resulta de sencilla definición.[27] Para establecer un lapso preciso que constituya el límite entre la duración razonable y la prolongación indebida de un proceso, ha señalado que es necesario examinar las circunstancias particulares de cada caso. En este sentido ha manifestado:

> Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales.[28]

Asimismo, la Corte Interamericana ha considerado importante tomar otro criterio desarrollado por la Corte Europea para determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso: el *análisis global del procedimiento.*[29]

La Corte, en consecuencia, no opta por precisar un plazo determinado en días calendario o naturales como el máximo de duración aplicable a un proceso, sino que brinda unos criterios a ser evaluados por la judicatura para precisar si se afecta o no el *derecho al plazo razonable de duración de un proceso*, según las circunstancias que se presenten en cada situación concreta.

A la vez que en el artículo 8.1, la referencia al *plazo razonable de duración de un proceso* también se encuentra prevista en el artículo 7.5 de la Convención, que aborda el tema de la libertad personal. Esta norma señala:

> Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá

---

en sus derechos, así como la demora en su resolución, lo que a su criterio implicó que dicho recurso estuviera destinado al fracaso, ya que a través de él no se podía remediar la situación lesiva de los derechos invocados, lo cual significaba una violación del artículo 25.º de la Convención.

[26] Caso *Las Palmeras*, sentencia del 6 de diciembre del 2001, fundamento 57.

[27] Caso *Genie Lacayo*, sentencia del 29 de enero de 1997, fundamento 77.

[28] Caso *Genie Lacayo*, sentencia del 29 de enero de 1997, fundamento 77, y caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, fundamento 72.

[29] Caso *Genie Lacayo*, sentencia del 29 de enero de 1997, fundamento 81.

> *derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*, sin perjuicio de que continúe el proceso […].[30]

Como se aprecia, el derecho al plazo razonable de duración de un proceso tiene una connotación adicional en el ámbito de los procesos penales, pues, en caso de que éstos tengan una duración excesiva, las personas inculpadas que se encuentran detenidas tienen derecho a que se decrete su libertad. Para la Corte, este derecho "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente".[31]

Tema de especial interés para el cómputo del plazo razonable de duración de un proceso lo constituyen las fechas que se deben considerar como de inicio y final. Éstas varían según las circunstancia de cada situación. En este sentido, la fecha de inicio del cómputo del plazo razonable puede ser aquélla en la que se produjo la detención de una persona, la fecha de la primera resolución con que se inició un proceso judicial en su contra, etcétera. En todo caso, la Corte ha considerado que "el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, […] y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse".[32]

En el *caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros*, la Corte consideró afectado el *derecho al plazo razonable de duración de un proceso* y, en consecuencia, declaró la responsabilidad del Estado demandado por violación de los artículos 8.1 y 7.5 de la Convención, en forma conjunta con los artículos 1.1 y 2. Su argumento principal se basó en los hechos expuestos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que aparecen a lo largo de la sentencia. En síntesis ésta señaló:

> [En los casos seguidos contra las presuntas víctimas en aplicación de la Ley de Delitos contra las Personas] *ninguno de ellos fue resuelto en menos de cuatro años*, tomando en cuenta el lapso transcurrido entre la detención del inculpado y la sentencia en la apelación; y […] *algunas de las víctimas* estuvieron en prisión, antes de ser llevadas a juicio, durante cerca de siete años, y por lo tanto, *experimentaron demoras de aproximadamente doce años entre la detención y la resolución de sus apelaciones*.[33]

En este caso, la Corte no hace mayor análisis sobre el tema, pues no evalúa ninguno de los criterios establecidos en su jurisprudencia para determinar la razonabilidad de la duración excesiva de un plazo. Así, se puede deducir que el hecho de que un proceso pueda durar hasta cuatro años (incluida la sentencia de apelación) ya de por sí resulta una violación del mencionado derecho.

Otro argumento empleado por la Corte en su sentencia es el hecho que la Constitución del Estado demandado no tuviese un reconocimiento expreso del "derecho a un

---

[30] Cursivas agregadas.
[31] Caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, fundamento 70.
[32] Caso *Suárez Rosero*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, fundamento 71.
[33] Fundamento 121 de la sentencia; cursivas agregadas.

juicio pronto o dentro de un plazo razonable", lo cual "no se ajusta a lo dispuesto en la Convención".[34] Sin embargo, tampoco hace mayor análisis al respecto, por lo que puede concluirse que dicha omisión es *per se* violatoria de las obligaciones del Estado de adoptar medidas para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Esto es particularmente interesante porque, si bien un derecho fundamental puede tener otro tipo de reconocimiento —por ejemplo, en el plano legal o a través de la jurisprudencia—, la Corte considera contrario a la Convención que no esté mencionado en el texto constitucional.

Tomando como base en estos argumentos, la Corte consideró que el Estado demandado violó el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y, con ello, las disposiciones contenidas en los artículos 7.5 y 8.1 en conjunción con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de 30 personas juzgadas y sentenciadas a pena de muerte con base en la Ley de Delitos contra la Persona.

3.2.2.2. Ausencia de asistencia legal adecuada

Hemos señalado que el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales se ve afectado en situaciones o circunstancias que impiden presentar un recurso para la tutela de estos derechos.

En el caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros*, la Corte señaló que hubo un impedimento para lograr una tutela judicial de los derechos fundamentales, por cuanto no existió una asistencia legal adecuada para presentar un recurso de revisión judicial de las resoluciones judiciales que establecían condenas a pena de muerte. En palabras de la Corte:

> […] *se impidió* el empleo de este recurso en cuanto el Estado no proporcionó a los inculpados asistencia jurídica a fin de que pudieran ejercitarlo efectivamente, y de esta forma constituyó un recurso ilusorio para aquéllos.[35]

De esta decisión se puede deducir que un acto contrario al derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales se produce cuando el Estado no ofrece la asistencia jurídica necesaria para la presentación del recurso respectivo a fin de solicitar esa protección.

Con estos argumentos, la Corte consideró que el Estado demandado violó los artículos 8.º y 25.º de la Convención en conjunción con el artículo 1.1, en perjuicio de 11 personas juzgadas y sentenciadas a pena de muerte según la Ley de Delitos contra la Persona.

---

[34] Fundamento 152.*a* de la sentencia.

[35] Fundamento 152.*b* de la sentencia; cursivas agregadas.

3.3. Derecho a la integridad personal y condiciones de reclusión

3.3.1. Aspectos generales

Las inadecuadas condiciones de reclusión de las personas privadas de libertad da lugar a la afectación de diversos derechos fundamentales. Lamentablemente, esta situación es frecuente, lo cual ha dado lugar a que cada vez se utilicen en mayor medida recursos judiciales tendientes a revertir aquellas condiciones de reclusión que atentan contra los derechos fundamentales. Así por ejemplo, en algunos países los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus vienen siendo empleados con esta finalidad, como sucede en Colombia y el Perú. No debe extrañar, por lo tanto, que también en el derecho internacional existan normas sobre esta materia e importantes pronunciamientos al respecto.[36]

La Convención Americana también se pronuncia sobre este tema y señala lo siguiente en su artículo 5.º:

> Derecho a la integridad personal:
>
> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
>
> 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
>
> 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
>
> 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
>
> 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
>
> 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Como se aprecia, especial hincapié hace este artículo en la necesidad de proteger los derechos de las personas privadas de libertad. En su jurisprudencia, la Corte se ha pronunciado sobre este tema y ha señalado "que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada con dignidad y que el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizarle la integridad personal mientras se encuentra en reclusión. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos".[37]

---

[36] A modo de ejemplo se pueden citar los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1990), así como el *Informe especial de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, República del Perú* (OEA/Ser.L/V/II.118 - Doc. 3, 9 de octubre del 2003).

[37] Caso *Neira Alegría y otros*, sentencia del 19 de enero de 1995, fundamento 60, y caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto del 2000, fundamento 87.

3.3.2. El caso concreto

Tomando en cuenta la información aportada por los informes periciales, la Corte consideró que "las condiciones de detención en que han vivido y viven las víctimas de este caso constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes, ya que éstas se encuentran viviendo en situaciones que afectan su integridad física y psíquica".[38]

Por esta razón la Corte concluyó que existió una violación de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1. Es importante señalar que, si bien la Comisión Interamericana había argumentado que la violación se produjo únicamente respecto a 21 personas, la Corte entendió que la situación descrita de las cárceles era generalizada en todo el sistema penitenciario de Trinidad y Tobago, por lo que la alegada violación de la Convención debía entenderse en perjuicio de todas las víctimas del presente caso.

Asimismo, en la parte resolutiva de la sentencia (numeral 14.º), la Corte decidió lo siguiente:

> Que el Estado debe *modificar* las condiciones de su sistema carcelario *para adecuarlas a las normas internacionales de protección de los derechos humanos* aplicables a la materia […].

Sin embargo, no existen mayores precisiones en los argumentos de la Corte sobre cómo deben ser modificadas esas condiciones de reclusión. Si bien podrían inferirse de los informes de los peritos o de la referencia general que a ellas hizo la Corte, no cabe duda de que lo ideal habría sido que este tribunal estableciera de manera precisa algunos cambios concretos que debían realizarse, sin perjuicio de entenderlos como simplemente enunciativos.

3.4. Amnistía, indulto o conmutación de la pena

El artículo 4.6 de la Convención, ubicado en el artículo correspondiente al derecho a la vida, establece la siguiente garantía especial para las personas condenadas a pena de muerte:

> Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

A propósito del caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros*, la Corte se pronuncia sobre diferentes aspectos relacionados con este artículo. De sus argumentos se pueden desprender los siguientes lineamientos:

- El artículo 4.6 constituye una garantía del derecho a la vida y su observancia

[38] Fundamento 168 de la sentencia.

se enmarca dentro del cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención, previstas en el artículo 1.1 de este tratado.

- No basta con que formalmente se pueda presentar una petición para dejar sin efecto la sanción de pena de muerte, sino que ésta debe ser tramitada de conformidad con un procedimiento que la haga efectiva, con estricta observancia de las garantías del debido proceso. A partir de esta premisa, la Corte establece una relación entre el artículo 4.6 de la Convención y los artículos 8 (sobre debido proceso) y 1.1 (sobre las obligaciones de respeto y garantía). En este sentido, concluye que los Estados tienen la "obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente, en donde el condenado a pena capital pueda hacer valer de manera cierta todos los antecedentes que crea pertinentes para ser favorecido con el acto de clemencia".[39]

Al evaluar lo ocurrido en el caso concreto, la Corte concluyó que el procedimiento de clemencia seguido en el Estado demandado a favor de las personas condenadas a pena de muerte, se caracterizó por las siguientes omisiones: falta de transparencia, falta de publicidad y falta de participación de las víctimas.[40]

En atención a estas omisiones, la Corte consideró que se había producido una violación del artículo 4.6 de la Convención, en conexión con los artículos 8 y 1.1. A fin de lograr una adecuada tutela de estos derechos, señaló que, una vez que los nuevos juicios se hayan realizado, y si en ellos existiese una condena a pena de muerte, deberá garantizarse la posibilidad de solicitar que ésta se deje sin efecto, "previo desarrollo de un trámite […] que se ajuste a las prescripciones sobre el derecho a la vida contenidas en la Convención Americana y con plena observancia de las normas sobre el debido proceso legal consagradas en ese mismo tratado internacional".[41]

4. Impedimento de nuevas ejecuciones

Hemos dejado para el final un tema que se encuentra relacionado con el conjunto de las violaciones a la Convención ocurridas en el presente caso. Se trata de una medida de reparación ordenada por la Corte, que, por tratarse del primer caso contencioso relacionado con la aplicación de la pena de muerte, sienta un interesante precedente. Nos referimos al hecho de que la Corte haya ordenado, por equidad, que no se ejecute a ninguna de las personas cuyos derechos se vieron afectados en este caso. En palabras de la Corte (fundamento 215 de la sentencia y punto resolutivo n.º 11):

---

[39] Fundamento 188 de la sentencia.

[40] Fundamento 189 de la sentencia.

[41] Fundamento 214 y punto resolutivo 10 de la sentencia.

> Para los efectos de las reparaciones, la Corte debe tomar en cuenta que el Estado ha violado en contra de todas o algunas de las víctimas de este caso los derechos consagrados en los artículos 4.1, 4.2 y 4.6, 5.1 y 5.2, 7.5, 8.1 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2, de la Convención, a causa de un conjunto de circunstancias que han sido descritas en esta sentencia, entre las cuales se cuenta el hecho de que las víctimas han sido juzgadas en aplicación de una ley que es incompatible con la Convención Americana. Con base en ello, la Corte estima que, de acuerdo con la autoridad que le confiere el artículo 63.1 de la Convención, debe disponer que el Estado *con fundamento en la equidad, se abstenga de ejecutar*, en cualquier caso, y cualesquiera que sean los resultados de los nuevos juicios a que se refiere el párrafo anterior, e incluso con independencia del hecho de si esos nuevos juicios se realizan o no, [a las 31 personas que fueron juzgadas y sentenciadas en aplicación de la Ley de Delitos contra la Persona].

En relación con este tema, entendemos que la Corte toma en consideración que todas las violaciones realizadas por el Estado demandado a las víctimas de este caso han sido de tal magnitud, que son razón suficiente para establecer la prohibición de ejecutarlas, incluso en el supuesto de que fueran encontradas culpables luego de ser sometidas a un nuevo proceso bajo una legislación emitida conforme a los lineamientos ordenados por la Corte. Así entendemos la expresión "con fundamento en la equidad", que se subraya en el párrafo transcrito, en tanto la Corte no ofrece mayores alcances al respecto. Esto puede también entenderse como una manera ingeniosa por parte de la Corte de evitar la aplicación de la pena capital, aunque sea en estos casos, lo cual sería acorde con la tendencia abolicionista contemplada en el artículo 4 de la Convención. Un paso adelante igual de interesante habría sido que la Corte señalara que tampoco podían ser ejecutadas todas las personas que en el Estado de Trinidad y Tobago hubiesen sido condenadas por la cuestionada Ley de Delitos contra la Persona, aunque no formaran parte de este caso concreto.[42]

5. Conclusiones

- La creación y el funcionamiento de tribunales internacionales con capacidad para emitir sentencias de cumplimiento obligatorio para los Estados representa el punto más alto alcanzado en el ámbito de la protección internacional

---

[42] En un caso anterior, la Corte se pronunció sobre los efectos generales de su decisión de declarar incompatible con la Convención dos normas internas de un Estado, independientemente del caso concreto a propósito del cual declaró esta incompatibilidad. Nos referimos al caso *Barrios Altos*, en donde la precisión sobre este tema se dio a través de una decisión de *Interpretación sobre la sentencia del fondo*, del 3 de setiembre del 2001. Al respecto señaló: "La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene *efectos generales*" (destacado nuestro).

de los derechos humanos. En el sistema interamericano, la labor realizada por la Corte Interamericana merece especial atención y estudio, pues se encuentra en constante evolución y perfeccionamiento, en atención a los nuevos casos que conoce y que le permiten pronunciarse de manera progresiva sobre diferentes disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humaos. En este sentido, el análisis de la sentencia sobre el fondo del caso *Hilaire, Constantine, Benjamín y otros*, seguido contra el Estado de Trinidad y Tobago, constituye una decisión de especial importancia, por ser el primer caso contencioso resuelto por la Corte relacionado con la aplicación de la pena de muerte.

- En esta sentencia, la Corte señaló que la legislación relativa a la pena de muerte en el Estado demandado era incompatible con la Convención, pues establecía de modo obligatorio esta sanción para el caso de los delitos de homicidio, sin dejar a los jueces la posibilidad de evaluar cada caso concreto, a fin de aplicarla únicamente a las situaciones más graves. Concluyó entonces que la legislación era contraria a la prohibición de privaciones arbitrarias de la vida prevista en la Convención (artículo 4.1) y a la exigencia de aplicar la pena capital sólo en el caso de los delitos más graves (artículo 4.2). Señaló además que la sola vigencia de esta norma atentaba contra la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de los derechos fundamentales (artículo 2.º). Ordenó, en consecuencia, que el Estado demandado se abstenga de aplicar esta legislación sobre pena de muerte y la modifique según los lineamientos señalados en la sentencia, a fin de que sea compatible con la Convención.
- La Corte señaló, asimismo, que los procesos seguidos contra las personas basados en la cuestionada legislación tuvieron una duración excesiva, lo que atentó contra el derecho al plazo razonable de duración de un proceso previsto en el artículo 8.º de la Convención. De otro lado, al no brindarse a las personas una adecuada asistencia legal a fin de que pudieran presentar un recurso judicial para la revisión de sus condenas, se produjo una violación del artículo 25.º, que reconoce el derecho a la protección judicial de los derechos fundamentales, en conjunto con el citado artículo 8.º.
- Las inadecuadas condiciones de reclusión de las personas privadas de libertad también fueron analizadas por la Corte. Tomando en cuenta la información aportada por los informes periciales, consideró que tales condiciones constituían tratos crueles, inhumanos o degradantes, por lo que consideró afectados los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención. Interesante es resaltar que, si bien la Comisión Interamericana había argumentado que dicha violación se produjo únicamente respecto a 21 personas, la Corte entendió que la situación descrita de las cárceles era generalizada en todo el sistema penitenciario de Trinidad y Tobago, por lo que la

alegada violación de la Convención debía entenderse en perjuicio de todas las víctimas del presente caso.

- La Corte desarrolló los alcances del artículo 4.6 de la Convención, que establece una garantía especial para las personas condenadas a pena de muerte, cual es solicitar ante la autoridad competente que se deje sin efecto la sanción. Al respecto señaló que no basta con que formalmente se pueda presentar una petición para dejar sin efecto la pena de muerte, sino que ésta debe ser asimismo tramitada de conformidad con un procedimiento que la haga efectiva, con estricta observancia de las garantías del debido proceso. En este sentido, estableció una relación entre el artículo 4.6 de la Convención y el artículo 8 (sobre debido proceso). Respecto al caso concreto, determinó que el procedimiento de clemencia seguido a favor de las personas condenadas a pena de muerte se caracterizó por su falta de transparencia, de publicidad y de participación de las víctimas.
- En todas aquellas situaciones que la Corte consideró como violatorias de la Convención, estableció asimismo que se había producido una violación del artículo 1.1 de este tratado, el cual establece que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención a todas las personas que se encuentren en su territorio, sin discriminación alguna.

V. Derecho de la integración

- *Miguel Ángel Ciuro-Caldani (Argentina)*
  Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración

- *Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)*
  Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario

- *Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia)*
  El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad de las normas de derecho comunitario derivado andino

- *Ricardo Vigil Toledo (Perú)*
  La competencia arbitral del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Miguel Ángel Ciuro-Caldani (Argentina) *

Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración

1. Ideas básicas

1. Los Estados de Hispanoamérica se encuentran con frecuencia ante la gran dificultad de *conocerse a sí mismos*, en gran medida porque se "reflejan" en realidades ajenas que a menudo son valiosas en otras circunstancias, pero no en las propias.[1] Entre lo que los Estados de la región son y lo que quieren ser suelen existir espacios cuyos *caminos* no pueden reconocer y realizar. Conocerse a sí mismo no es ignorar al otro, sino saber que somos *con* otros, pero no *otros*. No es sin motivo que existen diversos *pronombres personales*, entre los que están los singulares *yo*, *tú* y *él/ella* y los plurales *nosotros/as*, *vosotros/as* y *ellos/as*.[2] Cada Estado hispanoamericano debe encontrar su propio *nosotros jurídico*, al que se refiere en gran medida su derecho constitucional y con base en el cual puede desarrollarse, en su caso, el nuevo

---

* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, investigador del CONICET (Argentina). ‹mciuro@derecho.uba.ar›.

[1] Nos referimos específicamente a Hispanoamérica, no a Iberoamérica, aunque algunas características de la primera, que en parte hacen a las posibilidades mercosureñas, se presentan en todo el espacio de la segunda (en relación con Lusoamérica puede verse Miguel Ángel Ciuro Caldani: "El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur", en *Derecho de la Integración*, n.º 4, pp. 113 ss.).

[2] Miguel Ángel Ciuro Caldani: "Comprensión del 'complejo personal' a través de los pronombres personales", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 14, pp. 13 ss.

nosotros de la integración. Los Estados se realizan en la historia y tienen su *propia temporalidad*.[3]

Los procesos integradores, especial manera de la aproximación entre los pueblos desarrollada a partir del siglo XX, se apoyan en la participación de *Estados consistentes* y en el *desarrollo económico*, quizás dos exigencias en profundidad relacionadas. La consistencia se concreta en duración, estabilidad,[4] solidez, trabazón y coherencia,[5] que se muestran en *expectativas confiables* y se apoyan, en nuestro caso, en el *desenvolvimiento jurídico* en general y constitucional en especial. El sistema económico y el sistema estatal con su juridicidad son en gran medida despliegues de "crédito" que se alimentan recíprocamente.[6] La integración requiere "crédito jurídico". Esas cualidades estatales, relevantes aunque históricamente cambiantes, viabilizaron y viabilizan la fundación y el desarrollo de la Unión Europea, pero los países de Hispanoamérica tienen a menudo grandes dificultades para su realización. Los Estados hispanoamericanos son muchas veces relativamente "imprevisibles" y al fin jurídicamente "pobres", también en el ámbito constitucional, y esto dificulta sus posibilidades de desenvolvimiento y de integración interna y externa.[7]

---

[3] Es posible ver Miguel Ángel Ciuro Caldani: *Estudios de historia del derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

[4] Pueden verse, por ejemplo, Leonardo Morlino: "Estabilidad política", en Norberto Bobbio y otros (dir.): *Diccionario de política*, trad. Raúl Crisafio y otros, 9.ª ed., México: Siglo XXI, t. I, 1995, pp. 533 ss.; Pieranglo Schiera: "Estado moderno", en Bobbio: o. cit., t. I, pp. 563 ss. En cuanto a la teoría del Estado cabe mencionar, por ejemplo, Georg Jellinek: *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, Buenos Aires: Albatros, 1970; Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 3.ª ed., México: Albatros, 1969, pp. 215 ss.; Carlos S. Fayt: *Derecho Político*, 10.ª ed., Buenos Aires: Depalma, t. I, pp. 157 ss.; Alberto Dalla Via y otros: *Manual de teoría del Estado y del Gobierno*, Buenos Aires: de Belgrano, 1997, pp. 15 ss.

[5] Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, Madrid: Espasa Calpe, 1992, t. I, p. 548. Puede verse Miguel Ángel Ciuro Caldani: "Estabilidad e integración (con especial referencia a la Argentina)", en *Derecho de la Integración*, n.º 11, pp. 20-37, Rosario, 2001.

[6] Sobre la pérdida de la credibilidad política pueden verse, por ejemplo, Eva Leticia Orduña Trujillo: "Derechos humanos y credibilidad política", ‹http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex116/BMD11607.pdf#search=%22Derecho%20credibilidad%22› (10/9/2006); Sergio Hiram Henríquez Gamboa: "Los riesgos de la pérdida de la credibilidad política", ‹http://www.criterios.com/modules.php?name=Opiniones&file=article&sid=361› (20/9/2006).

[7] Suele hablarse de *pobreza institucional*. Cabe citar nuestro artículo "Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 12, pp. 29 ss. Es posible ver Marcos Kaplan: "Aspectos del Estado en América Latina", en *Biblioteca Jurídica Virtual*, ‹http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=425› (21/9/2006); Víctor Manuel Durán: "Capítulo IV, Estado social de Derecho, democracia y participación", ‹http://www.utal.org/movimiento/11d.htm› (21/9/2006).

Respecto de Hispanoamérica y el mundo actual puede verse Antonio Requeni: "El símbolo de la política argentina es el laberinto de Borges. El italiano Ricardo Campa, profesor y ensayista, ofrece una mirada sobre el país", en *La Nación.com*, ‹http://www.lanacion.com.ar/cultura/nota.asp?nota_id=841874› (20/9/2006).

Contar con una propuesta de construcción del *objeto jusfilosófico* que permita reconocer el nosotros en los Estados de nuestra compleja zona, con las dificultades que se presentan y las maneras de encararlas, puede ser un aporte valioso para superar la situación. En este sentido, creemos que tiene especial relevancia la amplia corriente jusfilosófica *integrativista* que supera los exclusivismos normativos, sociales y valorativos y, dentro de ella, la orientación que en el marco de la tendencia[8] *tridimensionalista* efectúa la *teoría trialista del mundo jurídico*.

Según la propuesta del *trialismo*, en la versión que creemos más evolucionada, para la construcción del objeto de la ciencia jurídica hay que incluir *repartos* de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica al ser en general y especialmente a la vida humana), *captados normativamente* de maneras prescriptiva y promisoria y *valorados por la justicia*.[9]

Sin desconocer los altos valores que los caracterizan en otros aspectos, cabe decir que los países hispanoamericanos suelen "alienarse" y ser inconsistentes e imprevisibles en los despliegues de los repartos, las captaciones normativas y los valores, y esto los hace a menudo *inviables* y *difícilmente integrables*.

Las críticas que formularemos se inspiran, vale puntualizarlo, en una profunda *esperanza de superación*. Ésta no se logrará recibiendo indiscriminadamente los modelos de otros Estados.[10] Debe encontrar, a partir de la *experiencia* propia y ajena, el Estado consistente y previsible necesario para la viabilidad y la integración.[11]

---

[8] Es posible ver, por ejemplo, Miguel Reale: *Teoria Tridimensional do Direito*, 4.ª ed., San Pablo: Saraiva, 1986.

[9] Werner Goldschmidt: *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires: Depalma, 1987 (6.ª ed., 5.ª reimp.); Miguel Ángel Ciuro Caldani: *Derecho y política*, Buenos Aires: Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

En cuanto a los planteos "integrativistas" afines al tridimensionalismo, puede verse hoy, por ejemplo: "La cuestión consiste en saber cuál concepto de derecho es correcto o adecuado. Quien desee responder esta pregunta tiene que relacionar tres elementos: el de la *legalidad* conforme al ordenamiento, el de la *eficacia* social y el de la *corrección* material. Quien no conceda ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento y a la eficacia social y tan solo apunte a la corrección material obtiene un concepto de derecho puramente iusnatural o iusracional. Llega a un concepto de derecho puramente positivista quien excluya totalmente la corrección material y apunte sólo a la legalidad conforme al ordenamiento y/o a la eficacia social. Entre estos dos extremos son concebibles muchas formas intermedias" (Robert Alexy: *El concepto y la validez del derecho*, trad. José M. Seña, 2.ª ed., Barcelona: Gedisa, 1997, p. 21; véase asimismo p. 87).

[10] Cabe citar, por ejemplo, Miguel Ángel Ciuro Caldani: "Nuevamente sobre los efectos de la recepción en la cultura jurídica argentina", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 29, pp. 49 ss. (también ‹http://200.58.112.82/~grcentr/index.htm›, [22/9/2006]); "Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero", en *Revista de Direito Civil*, 8 (año 1979), pp. 73 ss.; "Originalidad y recepción en el derecho", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 9, 1987, pp. 33 ss.; *Métodos constitutivos del derecho internacional privado* (con colaboración), Rosario: Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Priva-

2. Despliegue trialista

2.1. Dimensión sociológica

2. En la dimensión sociológica es conveniente construir las ya referidas nociones de *potencia* e *impotencia*. Esa potencia e impotencia son adjudicadas por repartos originados en la conducta de seres humanos determinables y por distribuciones que provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Los Estados hispanoamericanos son a veces inconsistentes e imprevisibles por distribuciones en las que ocupan un lugar destacado las influencias humanas difusas de sus a menudo *economías pobres e inestables*,[12] pero también por el carácter *errático* que le da su propia conducción. Compartimos la opinión, de cierto modo de raíz sansimoniana, de que hay una relación "circular" entre la pobreza y la inconsistencia y la imprevisibilidad de los Estados.[13]

3. Los repartos pueden ser autoritarios o autónomos, realizando respectivamente los valores poder y cooperación. A su vez, pueden presentarse en orden o en desorden (anarquía), y concretar de manera respectiva el valor homónimo orden o el "disvalor" arbitrariedad. El orden de los repartos (régimen) se constituye según el plan de gobierno en marcha y conforme a la ejemplaridad. El plan de gobierno indica quiénes mandan y con qué criterios mandan y realiza el valor previsibilidad. La ejemplaridad se desenvuelve según el despliegue de modelos y seguimientos a través de la razonabilidad y realiza el valor solidaridad. El cambio de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto constituye una revolución.

Los Estados hispanoamericanos suelen tener poderes contrapuestos, sincrónica o diacrónicamente, y planificaciones y ejemplaridades *claudicantes*, con las respectivas

---

do, 1978; *Lineamientos filosóficos del derecho universal*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979; *El derecho universal*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001; "La comprensión del plurijuridismo y el monojuridismo en una nueva era", en *La Ley*, 26-5-2006, pp. 1-4; Alan Watson: *Legal Transplants*, 2.ª ed., Athens: University of Georgia Press, 1993; Andrea A. Meroi: "Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 29, pp. 83 ss.; en cuanto a los debates terminológicos acerca del tema, puede verse, por ejemplo, Esin Örücü: "Law as transposition", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, esp. pp. 206. Suele decirse que la historia del derecho es en gran medida una historia de transposiciones legales (véase Örücü: o. cit., p. 222). Es posible ver una bibliografía sobre el tema en *Comparative Institutional Economics* 2, CEU Economics Department, Spring 2006, ‹http://www.personal.ceu.hu/departs/personal/Peter_Grajzl/CIE2%20syllabus%20web.pdf› (4/7/2006), trabajos de Richard Posner, Daniel Berkowitz, Otto Kahn-Freund, Hideki Kanda, Jonnathan M. Miller, Sharun W. Muskand y otros.

[11] El *derecho para la integración*, en sus múltiples perspectivas, en gran medida constitucionales, es un aspecto de gran importancia del *derecho de la integración*.

[12] Puede verse, por ejemplo, *Causes of Poverty*, ‹http://www.globalissues.org/TradeRelated/Poverty.asp› (10/9/2006).

[13] Es posible consultar, verbigracia, Saint-Simon: *Catecismo* político *de los industriales*, trad. Luis David de los Arcos, 2.ª ed., Buenos Aires: Aguilar, 1964.

condiciones de imprevisibilidad y falta de solidaridad. Así viven situaciones de *anarquía* y *revolución*, sea ésta más o menos violenta.[14]

Los Estados modernos se constituyeron en un curso de concentración interna y liberación externa del poder, teorizado en gran medida por Hobbes y Bodin, con importantes ingredientes de planificación y orden. Es más: luego adquirieron características liberales lockeanas y democráticas rousseaunianas. En cambio, en Hispanoamérica la "paragubernamentalidad" ajena al monopolio gubernamental del poder es frecuente.[15]

Aunque en ciertos casos son países autoritarios, a menudo viven a la deriva: si no en anarquía sincrónica, al menos en *anarquía diacrónica*. Es más, las dos manifestaciones de la anarquía se alimentan de manera recíproca; la anarquía sincrónica de los tiempos de la lucha por la independencia y la "organización", que no ha desaparecido totalmente por el grado de "inseguridad" y a veces por los despliegues de fuerzas "paragubernamentales", suele ser reemplazada por una anarquía diacrónica del ir temporalmente sin rumbo definido. La *integración interna* es en muchos casos todavía una aspiración lejana, pero ese despliegue de la integración tiene estrecha influencia recíproca con la *integración externa*. Los modelos de integración regional suelen poseer los mismos caracteres de los Estados que participan en ellos. La deficiencia hispanoamericana se expresa, por ejemplo, en el replanteo permanente de los modelos de integración regional.

4. Las fuerzas y las relaciones de producción actuales tienden a intensificar la mundialización en un proceso de globalización/marginación en que podría estarse formando un Estado planetario en etapa hobbesiana de concentración del poder, y en ese marco a los Estados hispanoamericanos les corresponden situaciones de *dependencia*.[16]

Para apreciar la dependencia de los Estados en general, y en especial de los Estados hispanoamericanos, es útil emplear los aportes de la *teoría de las respuestas jurídicas.*[17] Según esta teoría, elaborada sobre la base de la parte general del derecho internacional privado de conflicto de leyes, las respuestas viven fenómenos de "minusmodelación", "plusmodelación" y "sustitución", en lo fáctico y lo conceptual. La mayoría de los Estados

---

[14] Puede verse, por ejemplo, Adolfo Pérez Esquivel: "Golpes de Estado en América Latina", en *Rebelión Internacional*, ‹http://www1.universia.net/CatalogaXXI/pub/ir.asp?IdURL=159700&IDC=10010&IDP=ES&IDI=› (21/9/2006).

[15] Las deficiencias de estatalidad de los Estados hispanoamericanos quedan a veces en parte disimuladas por la "postestatalidad" que es frecuente en la "posmodernidad", pero la "preestatalidad" y la "postestatalidad" son, no obstante, situaciones diferentes.

En cuanto a semejanzas y diferencias entre la medievalidad y la posmodernidad, cabe ver, por ejemplo, Miguel Ángel Ciuro Caldani y Mario E. Chaumet: "Perspectivas jurídicas 'dialécticas' de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad", en *Investigación y Docencia*, n.º 21, pp. 67 ss.

[16] Es posible ver nuestros *Estudios de Historia…*, cit.

[17] Cabe comparar nuestros *Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas*, Rosario: Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en *Investigación y Docencia*, n.º 37, pp. 85-140).

vive en nuestros días fenómenos de *minusmodelación* fáctica e incluso conceptual. En cuanto la disminución es sólo fáctica, se produce su *vaciamiento*.

Las situaciones de las respuestas pueden ser de aislamiento o de vinculación, en este sentido, de coexistencia de respuestas independientes, dominación, integración y desintegración. Su detección se produce según qué respuesta "califica", si es posible el fraude, si cabe el reenvío y si una respuesta puede rechazar la influencia de la otra. El Estado moderno, de modo especial en el ámbito hispanoamericano, suele ser calificado según criterios que le son extraños, generalmente de la estatalidad mundial en formación; es obligado a someterse a fuerzas diversas (verbigracia, organismos internacionales de crédito) y carece de capacidad de rechazo frente a los influjos extraños.

5. Podría decirse que en varios de los países hispanoamericanos *no hay "cuestiones de Estado"* que consoliden y sostengan las expectativas del desenvolvimiento común por sobre las conveniencias particulares. El partidismo y las facciones prevalecen sobre el interés de todos. Regímenes democráticos y dictaduras han "privatizado el poder" y no han podido dar continuidad al sentido de la marcha gubernamental y de la ejemplaridad. Además, la injerencia de *potencias externas* ha influido mucho en la producción de la inestabilidad de la región.

En el ámbito hispanoamericano el grado de *confiabilidad* es a veces reducido. Muchos aspectos de la realidad carecen de la duración, la estabilidad y la solidez necesarias. Se acepten o no las "mediciones" de los "países centrales", el "riesgo país" es relativamente elevado, no sólo en lo económico y no sólo para las fuerzas económicas, sino para los ciudadanos comunes.[18]

Actitudes hostiles y amistosas con los países vecinos o con los países dominantes en el planeta se suceden sin causas que las hagan previsibles. Muchas veces la conflictividad con los poderes centrales planetarios ignora la "constitución material" y resulta no sustentable y contraproducente.[19] En ninguno de los aspectos de la vida se quieren "socios" impredecibles; parecería que así hay países hispanoamericanos condenados a vivir en cierto "estado de naturaleza".

La previsibilidad de los Estados suele apoyarse en realidades económicas e ideológicas al menos relativamente compartidas, pero en Hispanoamérica es frecuente la falta de consistencia económica y una división ideológica escinde a sectores *hispánicos tradicionales*, más católicos y paternalistas, y sectores *anglofranceses*, más laicos (y quizás ocultamente "reformados"), abstencionistas e incluso individualistas.[20] Las diversidades culturales históricas de España suelen proyectarse en nuestro ámbito.

---

[18] *Econlink.com.ar*, ‹http://www.econlink.com.ar/definicion/riesgopais.shtml› (13/9/2006); *RiesgoPaís.com*, ‹http://www.riesgopais.com/› (13/9/2006).

[19] Siempre vale atender a las enseñanzas de Fernando Lassalle: *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

[20] Miguel Ángel Ciuro Caldani: "Bases para el derecho constitucional comparado latinoamericano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2002, pp. 75-99; *Bases jusfilosóficas del*

6. Los repartos y los regímenes pueden tropezar con *límites necesarios*, surgidos de la "naturaleza de las cosas", que pueden ser físicos, psíquicos, lógicos, socioeconómicos y sociopolíticos. La escisión y la inestabilidad en lo psíquico, lo socioeconómico y lo sociopolítico son dificultades frecuentes en el desenvolvimiento de los Estados de Hispanoamérica.[21] Los límites socioeconómicos y sociopolíticos incluyen fenómenos dispares, como la *pobreza* y la *corrupción*.

Diversos países de la región tienen *posibilidades* notoriamente más elevadas que las *realizaciones* que alcanzan. A veces la organización política y económica "parasita" territorios que podrían brindar un alto grado de desarrollo y bienestar.[22]

2.2. Dimensión normológica

7. Entre los temas polemizados en la *teoría general del derecho* se encuentran las relaciones de las normas con la realidad social y el carácter prescriptivo o promisorio de éstas. Según la propuesta trialista, las normatividades captan repartos proyectados; se refieren a la realidad social. Hoy el trialismo incluye con especial claridad captaciones normativas "prescriptivas" y "promisorias" (unas *pre-escriben* lo que debe hacerse; otras *pro-meten* lo que será).[23]

Ya en el pensamiento del fundador de la teoría, Werner Goldschmidt, se incluyeron las captaciones que denominaba de modo respectivo "imperativos" y "normas", según se refirieran a repartos proyectados hechos desde los puntos de vista de los protagonistas o los terceros. Ahora esa doble perspectiva recibe particular atención.

El maestro germano-hispano-argentino refería las captaciones de los protagonistas ("imperativos") a las órdenes. Al fin, los imperativos eran captaciones de órdenes hechas desde el punto de vista de los protagonistas ("haz esto" - "debo hacer esto"). Creemos que hoy es posible presentar un desarrollo integrado mayor, en el sentido de

---

derecho de la cultura, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; "Bases culturales del Derecho argentino", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 27, pp. 113-126 (asimismo, *Cartapacio*, ‹http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/605/485› (24/9/2006).

[21] Cabe comparar acerca de la gobernanza en la región, por ejemplo, *Institut Internacional de Gobernabilitat de Catalunya* ‹http://www.iigov.org/index.drt› (21/9/2006); Benita Ferrero-Waldner: "La Unión Europea y América Latina: Una relación sólida en un mundo globalizado", en *Europa, European Commission, Press Room, Press Releases*, ‹http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/254&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en› (22/9/2006).

[22] Puede verse Miguel Ángel Ciuro Caldani: "Una Argentina 'parasitaria' entre la feudalización y la colonización", en *Investigación y Docencia*, n.º 34, pp. 59-65.

[23] Joan Corominas, con la colaboración de José A. Pascual: *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid: Gredos, t. IV, 1981, pp. 61, 643, 659; t. II, 1.ª reimp., 1984, p. 711. También cabe señalar que en las captaciones normativas, como en los repartos a las que se refieren, hay "preferencias".

señalar que un mismo reparto, "autoritario" o "autónomo", puede ser captado de manera normativa (lógica) desde un enfoque prescriptivo, hecho desde el punto de vista de los protagonistas, y promisorio, efectuado desde la perspectiva de los terceros.[24]

8. En cada cultura, en cada momento, en cada lugar, en cada materia, pueden prevalecer las perspectivas prescriptivas o promisorias, pero ambas captaciones son siempre posibilidades relevantes en el desenvolvimiento del derecho. En la mayoría de los casos, las fuentes formales (constituciones formales, leyes, decretos, sentencias, contratos, etcétera) se expresan en términos promisorios, empleando el tiempo futuro (*será*, *habrá*) o incluso el presente "simple" (*es*, *hay*), pero la teoría quizás mayoritaria se ha orientado por la captación prescriptiva, sustituyendo el tiempo futuro o presente "simple" por el presente imputativo (*debe ser*, *debe haber*).

Mucho se ha avanzado, incluso, en la "lógica del deber ser". Sin embargo, a nuestro parecer, es posible reconocer que la vida jurídica, sobre todo si no se la centra en el mandamiento estatal, como suele hacerlo el positivismo normativista, debe incluir los dos despliegues, el prescriptivo y el promisorio.

La promesa normativa no es una construcción científica, como suele pensarse en posiciones positivistas; es la manera como la comunidad en su carácter de "tercero" produce de manera mayoritaria las captaciones normativas. La comunidad entiende que las normas le "prometen" algo, piensa en un *com-promiso*, y si lo prometido no ocurre, se siente defraudada. La construcción jurídica ha de hacerse cargo de ello. Es en esos términos de promesa que la comunidad *conjetura* de modo principal la vida jurídica y cifra sus expectativas; la consideración del *cumplimiento* tiene así gran significación.[25] En el clima jurídico hispanoamericano el sentido de "promesa" de las captaciones normativas suele resultar incumplido.

9. Cuando, por ejemplo, el artículo 18 la Constitución Nacional argentina dice que "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice",

---

[24] La captación prescriptiva es instrumental a la captación promisoria.

[25] Cada normatividad, prescriptiva o promisoria, capta lógicamente un reparto proyectado, es decir, lo describe y lo integra, pero con alcances distintos.

En cuanto a la relación de descripción del reparto captado, en el enfoque de prescripción sólo es importante la captación correcta del contenido de la voluntad de los repartidores, que ha de culminar en la "fidelidad" normativa. En cambio, desde el punto de vista de la promesa también es relevante la descripción correcta del cumplimiento de esa voluntad que, al producirse, brinda "exactitud" a las normas.

La prescripción, construida desde el punto de vista de los protagonistas, sean autoritarios o autónomos, no puede asegurar el cumplimiento porque los protagonistas "viven" la resistencia de la realidad. La captación prescriptiva sólo puede ser fiel o infiel; la captación promisoria puede ser además exacta o inexacta. La promesa es, de cierto modo, un "pacto", aunque sea entre desiguales, de que algo sucederá.

contiene una *orden implícita* (una prescripción) de que las cárceles *deben* tener esas características, pero una *promesa explícita* de que las cárceles se desarrollarán en esas condiciones. Es más, a veces, según lo señalado, las fuentes normativas no sólo utilizan el futuro sino el presente "simple": el artículo 15 del mismo cuerpo constitucional asegura que "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución […]".

Si las realidades prometidas no se cumplen, como sucede a menudo en las condiciones de las cárceles, la "inexactitud" produce una gran decepción comunitaria que significa un enorme "disvalor" jurídico; de aquí surge, en mucho, el relativo "descrédito" de la juridicidad hispanoamericana.[26]

10. Las *fuentes* de las normatividades pueden ser *plenas* (se dictan para ser cumplidas de inmediato), *programáticas* (se dictan para ser cumplidas en el futuro en la mayor brevedad posible), *de propaganda* (procuran convencer con miras a promover su cumplimiento) y *de espectáculo* (se dictan fraudulentamente, para engañar al resto de la comunidad "espectadora").[27] Los Estados hispanoamericanos tienen a menudo normatividades de *espectáculo* que, según referimos, no encaminan a su desarrollo real.[28] Padecen incluso "inflación" normativa.

Suele afirmarse que países hispanoamericanos requieren la formación de nuevos *contratos sociales*, en los que tiene particular relevancia la función compromisoria de las captaciones normativas.[29]

---

[26] El Tratado de Asunción que establece el Mercosur dispone que debe estar conformado mediante la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, pero en algunas circunstancias importantes esa circulación se ha visto perturbada o bloqueada, sea cual fuera el acierto de la fundamentación de las medidas adoptadas

La diversidad de fuentes formalizadas de maneras prescriptivas y promisorias se evidencia desde tiempos remotos. Las XII Tablas —*Remains of the Twelve Tables, Bellum Catilinae*, ‹http://users.ipa.net/~tanker/tables.htm› (12/9/2006)—, la Carta Magna —*Publicações, Magna Carta, 15 de junho de 1215*, ‹http://www.ricardocosta.com/textos/magna.htm› (12/9/2006)—, etcétera, son ya muestras de *pactos*, promesas, tal vez mejor dicho *compromisos*, de que algunos comportamientos se harán realidad. Según indicamos, como todos los repartos proyectados, pueden ser captados lógicamente como prescripciones o como promesas.

[27] Miguel Ángel Ciuro Caldani: "Las fuentes de las normas", en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNR, n.º 4-6, Rosario, 1987 (también en *Zeus*, t. 32).

[28] La importancia política y constitucional del reconocimiento de las captaciones normativas hechas por los "protagonistas" como prescripciones y efectuadas por los "terceros" como compromisos es de gran relevancia para diferenciar la *lógica de la fuerza* (a menudo del poder) que pretende cambiar la realidad y la *lógica de la paz*, que se desarrolla en la "fe" en el derecho. Si no se tiene en cuenta la promesa, el régimen puede ser más fácilmente no democrático Tema diferente es el del nivel en que se ha de establecer el pacto de la promesa normativa; por ejemplo, si ha de realizarse a nivel constitucional o legal (puede verse, por ejemplo, Francisco J. Laporta: "El ámbito de la constitución", en *Doxa*, 24 (2001), pp. 459 ss.).

[29] Atilio Aníbal Alterini (dir.): *Ideas para la formulación de un nuevo contrato social*, Buenos Aires: La Ley, 2006.

11. El panorama de las fuentes formales es uno de los puntos de gran interés para comprender un panorama jurídico en general. La afirmación de la internacionalidad e incluso la globalización suele requerir la expansión y la jerarquización del ámbito de los *tratados internacionales*. Sin embargo, a veces en algunos países hispanoamericanos esto sirve para poner remedio a las debilidades constitucionales materiales propias. Así lo ha hecho la Argentina en la reforma constitucional de 1994, al incorporar numerosos tratados al "bloque constitucional" y declarar que los tratados son siempre superiores a las leyes (artículo 75, incisos 22 y 24). La debilidad de la realidad social ha hecho, no obstante, que la formalización no diera todos los resultados pretendidos, y en la gran crisis de 2001 no sólo se derrumbaran los nuevos derechos incorporados en los tratados, sino que se debilitaron otros que constituyen el legado histórico básico del país, como el derecho de propiedad (artículo 17). Es más: poco tiempo antes del colapso bancario, económico y en general social del año 2001, el Estado dictó la ley 25466, mediante la cual declaró la intangibilidad de los depósitos bancarios que, obviamente, no pudo cumplirse. No entramos a discutir el acierto de las medidas que se adoptaron entonces, sino que señalamos la imprevisibilidad y el quebrantamiento de las expectativas formalizadas de la sociedad.

El nuevo espacio que parece estar constituyéndose con alcances mundializadores se vale en mucho de los contratos. Sin embargo en Hispanoamérica, como también puede mostrarlo el último ejemplo, la vida *contractual* suele padecer importantes alteraciones.

12. Una larga trayectoria, bastante difundida en nuestros días, piensa incluso a la Constitución formal como un "pacto social" que significa una promesa.[30] Es más, el llamado *neoconstitucionalismo* pone especial énfasis en la integración de los contenidos con las garantías, pero unos y otras dependen en gran medida del reconocimiento del carácter de promesa de la captación normativa hecha desde el punto de vista de los terceros.[31] La *constitucionalidad* y el *neoconstitucionalismo* resultan necesidades que los Estados hispanoamericanos a veces no pueden satisfacer realmente.

13. Para que los repartos proyectados captados normativamente se conviertan en repartos realizados es necesario que las normatividades *funcionen* mediante el cumplimiento de tareas a veces necesarias de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. Ese funcionamiento suele producirse en marcos de tensión entre los autores de las captaciones normativas

---

[30] Quizás su más alta expresión esté en Juan Jacobo Rousseau: *El contrato social*, Buenos Aires: Fé; *El contrato social o principios de derecho político*, La Editorial Virtual, 1762 ‹http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Rousseau/RousseauContratoIndice.htm› (12/9/2006).

[31] Andrés Gil Domínguez: "La declaración de inconstitucionalidad de oficio: su actualidad teórica y jurisprudencial en la Argentina", en *elDial.com*, ‹http://www.eldial.com/suplementos/publico/doctrina/pu041018-b.asp› (12/9/2006).

(verbigracia, legisladores) y los encargados de aquél (por ejemplo, jueces). Cuando esas tensiones son muy grandes —por ejemplo, por la interferencia de otras fuerzas (verbigracia, del Poder Ejecutivo)—, la promesa no se cumple y los Estados no son confiables. Esto es con cierta frecuencia realidad en algunos países hispanoamericanos.

El derecho funciona en gran medida sobre *expectativas* contenidas en la *conjetura* de los integrantes de la sociedad y esto depende de la función promisoria de las captaciones normativas. La promesa adquiere cierta "fuerza vinculante".[32] En países de Hispanoamérica suele ser débil la "fe en las normas", al fin la "fe en el derecho". Aunque la hipocresía jurídica no es patrimonio exclusivo de la región, en este marco es considerada especialmente intensa.

14. Las captaciones normativas se valen de conceptos más o menos institucionales o negociales, indisponibles o disponibles, que integran la realidad con sentidos orientadores de la vida. Esas orientaciones pueden corresponder o no con la voluntad de los autores y con los sentidos propios de la realidad. Siguiendo la actitud denunciada por Cervantes en el *Quijote*, en Hispanoamérica suele predominar cierta creencia en el *poder mágico* de las palabras y los conceptos.[33] Se exagera la creencia de que pensar y nombrar es hacer, y se toman caminos sólo imaginarios.

15. En la construcción trialista del objeto de la ciencia jurídica las captaciones normativas se refieren al orden de repartos y se ordenan también en un *ordenamiento prescriptivo* y otro *promisorio*. El valor propio de estos ordenamientos es la coherencia, pero cabe señalar que, en correlación con la anarquía la *incoherencia* suele afectar a las captaciones hispanoamericanas.

2.3. Dimensión axiológica

16. Según la propuesta trialista, el objeto jurídico ha de abarcar un complejo de valores donde ocupa un lugar destacado la justicia. El fundador del trialismo sostuvo la objetividad de este valor, pero en nuestro caso nos abstenemos de pronunciarnos al respecto y proponemos que se construya por consenso una base sobre la cual puedan realizarse debates de rigor entre quienes la compartan. Goldschmidt sostuvo que el principio supremo de justicia exige adjudicar a cada individuo la esfera de libertad para que se desarrolle plenamente, se convierta de individuo en persona, y ésta es la

---

[32] En cuanto al debate relacionado con el tema, puede verse, por ejemplo, José Juan Moreso: *Comanducci sobre neoconstitucionalismo*, ‹http://www.upf.edu/cms/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf#search=%22neoconstitucionalismo%22› (12/9/2006).

[33] Pueden verse nuestras "Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n.º 9, pp. 19 ss.

base que proponemos para el consenso. El complejo de valores al cual proponemos referirnos incluye también la construcción, en lugares subordinados o equiparados a la justicia, pero con despliegues necesarios para que ésta exista, de los valores mencionados y otros como la utilidad, el amor, la verdad, etcétera. La justicia, la utilidad, el amor y la verdad deben desenvolverse integrados, en apoyo recíproco, pero en Hispanoamérica suelen existir dificultades al respecto porque unos valores se "arrogan" el material estimativo que corresponde a otros. Por ejemplo: a veces la *justicia* desconoce exigencias legítimas de la *utilidad*; en otros casos sucede a la inversa.[34] Esto significa, notoriamente, dificultades para integrar requerimientos del *derecho* y la *economía*.

17. La justicia puede pensarse según diversos caminos que se denominan *clases*. Entre éstas cabe mencionar la justicia particular y la justicia general, que se refiere al bien común. Las exigencias de la primera caracterizan al fin al derecho privado y los requerimientos de la segunda corresponden en última instancia al derecho público. Pese al discurso que suele referirse muchas veces a la justicia general, en Hispanoamérica son frecuentes la carencia de sentido real del bien común y el despliegue del *particularismo*. Esto sirve a menudo de cauce para el desenvolvimiento de la corrupción.

18. La justicia, como valor, vale, valora y orienta. En cuando a la valoración, en el derecho se refiere principalmente a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras que le da carácter "pantónomo" (*pan*, 'todo'; *nomos*, 'ley que gobierna'). Como esa totalidad es inabordable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos necesitados de fraccionarla, cuando no es posible saber o hacer más, con cortes que producen seguridad jurídica. Las tensiones de la vida hispanoamericana llevan a frecuentes cambios en los sentidos del fraccionamiento de la justicia que generan *inseguridad*.

Los criterios orientadores de justicia de Hispanoamérica se desenvuelven en reiteradas *crisis*, emergentes de las tensiones y la inestabilidad de la región.

19. Conforme al principio supremo de justicia propuesto, es posible establecer la legitimidad de los elementos de los repartos: repartidores, recipiendarios, objetos, forma y razones.

La legitimidad de los repartidores surge de la libertad de los interesados, de modo que el criterio máximo de legitimidad es en este caso la autonomía, con sus realizaciones limitadas de "paraautonomía" (conformidad de todos los interesados en que alguien

---

[34] Es posible consultar nuestro trabajo "Principios y valores en el derecho constitucional", en Germán Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (coords.): *Los valores en la Constitución Argentina*, Buenos Aires: Ediar, 1999, pp. 37-49.

reparta, como en el arbitraje), "infraautonomía" (acuerdo de la mayoría, como en la democracia) y "criptoautonomía" (acuerdo que prestarían los interesados si conocieran lo que se hace, como en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Por otro lado, con más relación con los objetos del reparto, se plantea la legitimidad aristocrática (superioridad moral, científica y técnica). La historia de los países hispanoamericanos ha mostrado frecuentes crisis de legitimidad *democrática*[35] y también *aristocrática*. En gran medida, carecen de criterios de selección. La crisis de los supremos repartidores ha conducido a un especial incremento de la *judicialización* de los problemas. Las "élites" hispanoamericanas suelen no estar legitimadas para recibir las ventajas sociales que disfrutan.[36]

Los repartidores pueden ser responsables, por lo que hacen ellos mismos o por los regímenes injustos. En nuestro ámbito hispanoamericano es reiterado que reine la "irresponsabilidad" o se esgrima la responsabilidad más como *venganza* que como aplicación de la justicia. La utilización política de los aparatos judiciales con este objetivo parece particularmente frecuente.

La legitimidad de los recipiendarios puede emerger de la conducta (mérito) o de la necesidad (merecimiento). Ambos criterios deberían nutrirse recíprocamente, pero en nuestra región las tensiones sociales, con grupos y clases muy diferenciados, hacen que las invocaciones de los *méritos* y los *merecimientos* sean muy conflictivas.

En cuanto a los objetos de los repartos, a veces la *escasez* y en otros casos la demasiado *desigual* distribución de la riqueza hacen que en nuestro espacio se reduzcan las posibilidades vitales de los habitantes y la propia viabilidad de los Estados.

La legitimidad de la forma de los repartos, es decir, de los caminos elegidos para comenzar su realización, se apoya en la existencia de verdadera audiencia y el Estado ha devenido, en cierto aspecto, en un gran aparato para realizarla. Sin embargo, quizás en países de nuestra región haya demasiado "ruido" e *incomunicación*.

Los repartos deben ser fundamentados y el Estado tradicional es un relevante ámbito de fundamentación. Tal vez en este aspecto pueda asignársele el sentido de eticidad que le atribuyó Hegel.[37] No obstante, en los países hispanoamericanos esa fundamentación resulta frecuentemente *invocada* pero *insuficiente*.

20. El orden de repartos justo, según el principio antes propuesto, ha de ser humanista y no totalitario, tomando a cada individuo como un fin y no como un medio. El

---

[35] En cuanto a las promesas no satisfechas de las democracias en general y en la región, es posible ver, por ejemplo, Alberto Filippi (dir.): *Norberto Bobbio y Argentina. Los desafíos de la democracia integral*, Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación Argentina, UNESCO y La Ley, 2006.

[36] Sobre la necesidad de la reforma del Estado puede verse, por ejemplo, *CLAD*, ‹http://www.clad.org.ve/› (20/9/2006).

[37] Guillermo Federico Hegel: *Filosofía del derecho*, trad. Angélica Mendoza de Montero y Francisco Messineo, Buenos Aires: Claridad, 1944, pp. 210 ss.

humanismo puede ser abstencionista o intervencionista. En Hispanoamérica suelen enfrentarse concepciones *abstencionistas*, más "anglofrancesas", e *intervencionistas*, más "hispánicas tradicionales". Esto conflictúa a los Estados respectivos. Sin embargo, es relevante puntualizar, sobre todo, los desvíos de ciertos *regímenes totalitarios recientes*.

La realización del humanismo exige respetar a cada individuo en su unicidad, su igualdad con los demás y su participación en la comunidad. La unicidad exige liberalismo político; la igualdad requiere democracia y la comunidad necesita *res publica*. Las tensiones entre los tres despliegues son muy antiguas y se hicieron notorias, por ejemplo, en la Revolución Francesa. A menudo las diferencias sociales hispanoamericanas hacen particularmente difícil la realización integrada de la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad*.

Para la realización de un régimen justo hay que amparar a cada individuo contra todas las amenazas: de otros individuos como tales y como régimen; respecto de sí mismo y frente a todo *lo demás* (enfermedad, pobreza, ignorancia, soledad, etcétera). Cada Estado es en parte identificable por una especial manera del equilibrio entre estos caminos. En Hispanoamérica las tensiones para la realización de esos "resguardos" suelen ser particularmente conflictivas. Los individuos de muchos sectores de nuestra región están amenazados con gran intensidad por otros individuos, como tales y como régimen, y por la *enfermedad*, la *pobreza* y la *ignorancia*.

La protección contra el Estado se expresa en términos de *derechos humanos*, mas éstos, pese a importantes esfuerzos para superar la situación, son con frecuencia ignorados.

3. Conclusión

21. Lo expuesto precedentemente, vinculado de manera profunda a la constitución de los Estados, contribuye al *conocimiento de sí mismos* que han de lograr los países de nuestra región con miras a alcanzar realizaciones que de otro modo les resultan imposibles, entre las que se encuentra la integración regional.

Los Estados hispanoamericanos son muchas veces relativamente "imprevisibles" y "jurídicamente pobres" y esto dificulta sus posibilidades de desenvolvimiento y de integración interna y externa. Urge encarar, más que con erudición, con *sabiduría*, el desenvolvimiento que corresponde a la región. Hispanoamérica debería integrar la orientación del poeta: "Caminante, no hay camino, / se hace camino al andar…".[38]

---

[38] *Poesía. Humberto C. Garza. Poemas de Antonio Machado*, ‹http://www.los-poetas.com/a/mach1.htm#Cantares...› (29/9/2006).

Urge aprovechar las grandes potencialidades de la zona para constituir Estados adecuados a las *circunstancias*, capaces de *superar las carencias* señaladas. Para ello es importante contar con la comprensión que brinda el modelo jusfilosófico integrador que, dentro de la concepción tridimensional, desarrolla la teoría *trialista* del mundo jurídico.[39]

[39] La teoría trialista es un instrumento de gran valor para el desarrollo de la *estrategia jurídica* que necesita la región (es posible ver nuestro artículo "Nuevamente sobre la estrategia jurídica (con especial referencia a la necesidad de su enseñanza de grado en las Facultades de Derecho)", en *Investigación y Docencia*, n.º 36, pp. 21-31.

Juan Carlos Dueñas Muñoz (Bolivia)*

Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario

1. Los tratados internacionales como limitación a la soberanía

Se debe en primer lugar establecer que la soberanía nace con una concepción absolutista, en la medida en que el Estado justifica su existencia misma con la concepción de poder superior sobre el cual en principio no podría existir otro.

Es importante destacar lo que dice Allan R. Brewer Carías al establecer la reformulación del concepto de soberanía para asegurarla en el marco de las relaciones supranacionales:

> La soberanía fue la que permitió al Estado ser Estado y además, luego el republicanismo. Con las Revoluciones del siglo XVIII la soberanía pasó del Monarca absoluto al pueblo o a la Nación en los términos de la Revolución Francesa, y este comenzó a ejercerla mediante representantes. De allí incluso la idea de la democracia representativa como régimen político.[1]

---

* Licenciado en Derecho, Universidad Católica Boliviana de La Paz (Bolivia), magíster en Derecho Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede La Paz), magíster en Relaciones Internacionales con mención en Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos de la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Quito), doctorando en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (Sede Quito). ‹jcduenasbo@yahoo.com›.

[1] Allan R. Brewer Carías: "América Latina: retos para la Constitución del siglo XXI", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2000, p. 14.

Por tanto, un Estado no podría admitir un poder que sea superior a él mismo, puesto que la propia idea de soberanía está ligada a una noción absolutista. No obstante, ante la inviabilidad de ejercitar en la práctica una concepción cerrada de soberanía que niega automáticamente la construcción de relaciones interestatales en un marco de paz, hubo varios factores que la relativizaron. Uno de ellos fueron los tratados internacionales.

En 1788, Jay escribía en *El Federalista:*

> Los tratados deben ser considerados como la ley suprema de la nación; oponiéndose a la idea de que los tratados, como los demás actos de una asamblea legislativa, deberían poder revocarse cuando parezca conveniente.[2]

Con ello adelantaba una disputa jurídico-constitucional-internacional que domina el escenario internacional desde el siglo XIX, que pone en controversia la jerarquía que tienen los tratados internacionales frente al derecho interno de cada Estado parte. Se trata de establecer si se debe reconocer o no jerarquía mayor a un tratado frente a la ley local. Los diversos planteamientos sobre estas cuestiones están íntimamente relacionados con el alcance atribuido a la noción de soberanía.

Entonces se infiere que la limitación de la soberanía puede surgir de la concertación de tratados, práctica que desde comienzos del siglo XIX se ha hecho frecuente y extendido a múltiples asuntos, o bien a un acto unilateral. En relación con la primera variante, la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecedente de la Corte Internacional de Justicia, expresó en una antigua opinión consultiva (1923) emitida con respecto a los decretos sobre nacionalidad en Túnez y Marruecos: "Sin duda toda convención que engendra una obligación introduce una restricción en el ejercicio de los derechos soberanos del Estado".[3]

No obstante, si bien los tratados parecen limitar determinadas competencias soberanas del Estado, es importante destacar que ellos no están en contra de la soberanía ni pretenden hacerla desaparecer. En relación con esto, Allan R. Brewer Carías afirma:

> Cincuenta años de experiencia en la construcción de la ahora Unión Europea, desde la suscripción de los Tratados de Paris de 1951, pusieron en evidencia que precisamente para afianzar la soberanía de los estados europeos y hacerlos efectivamente más soberanos, había que limitar dicha soberanía. No hay que perder de vista que el esquema de integración regional europeo fue ante todo una creación del constitucionalismo, ya que fueron las constituciones nacionales y no el derecho internacional, las que encontraron el camino. Ni un paso se dio en la limitación de la soberanía nacional y en la transferencia de poderes de los órganos constitucionales de los Estados a la comunidad supranacional, que no estuviese previamente previs-

---

[2] Alexander Hamilton, John Jay y James Madison: *El Federalista*, Buenos Aires: Ediar, 1999, p. 66.

[3] Hans Kelsen: *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires: El Ateneo, 1995, p. 34.

> ta y autorizada en las constituciones respectivas. Por ello, la integración regional se desarrolló fundada sobre disposiciones constitucionales expresas y no sobre interpretaciones.[4]

Entonces la soberanía, al ser limitada por la misma Constitución, consagra a ésta como la norma fundamental del sistema jurídico vigente en el Estado, y además se puede establecer que el derecho internacional no necesariamente limita la soberanía, sino que lo hacen los propios Estados a través de sus Constituciones. Larrea Holguín establece de manera más contundente la subordinación de los tratados internacionales a la Constitución al decir:

> Un punto especialmente delicado es el de la constitucionalidad de los tratados y más instrumentos internacionales. En primer término su negociación, suscripción, ratificación y entrada en vigencia, tienen que seguir las normas constitucionales, pues de otro modo serían formalmente inconstitucionales.[5]

Por otro lado, para fines de la presente investigación y para destacar la importancia de la soberanía en el ámbito no sólo constitucional-local, sino también en el internacional, es necesario remarcar que existen desde el campo de las relaciones internacionales cuatro significados básicos de dicha concepción de soberanía:

- *Soberanía doméstica*. Es el poder local, el cual es efectivamente ejercitado por el Estado. Ella se encarga de establecer que el Estado es absolutamente necesario para la convivencia humana y que no puede existir sin la concentración de poder que se denomina soberanía.
- *Soberanía interdependiente*. Basada en estudios económicos, argumenta que, en un mundo de grandes mercados de capital y Estados pequeños, estos últimos cada vez tienen menos control de su propia política monetaria, debido a las fluctuaciones de movimientos de capital. Esto hace que los Estados se unan de manera que puedan hacer frente a los desafíos económicos mundiales que plantea la globalización.
- *Soberanía legal internacional*. Esta tercera acepción parte del reconocimiento que los Estados organizados en un sistema político internacional le dan a otro Estado, reconociendo su autonomía y la inmunidad que tienen sus altos dirigentes y representantes. Hay implícito un concepto de ecuanimidad de unos Estados ante otros en esta definición clásica de soberanía, donde una autonomía jurídica formal en un territorio determinado es imprescindible; ello se manifiesta en el artículo 2, § 1, de la Carta de la ONU.[6]

---

[4] Brewer Carías: o. cit., pp. 14-15.

[5] Juan Larrea Holguin: "Supremacía de la Constitución y tratados internacionales", en *Foro* n.º 1, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2003, p. 243.

[6] La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.

- *Soberanía westfaliana*. La más clásica definición de soberanía se basa en dos principios: territorialidad[7] y exclusión de actores externos de las estructuras de autoridad domésticas. Manifiesta que sería una situación óptima el que el Estado tuviera la libertad de escoger las instituciones y políticas que consideren adecuadas de forma autónoma y libre. Uno de sus preceptos es el principio de no intervención de otros Estados en asuntos internos de un Estado.[8] Dicha noción se expone en el artículo 2, § 7, de la Carta de la ONU.[9]

Estas cuatro acepciones de soberanía en su concepción absolutista se encuentran cada vez más en entredicho, a excepción de la soberanía interdependiente, que reconoce el importante papel que juega la economía en los Estados y en los procesos integradores; es un concepto más abierto a admitir el relativismo de la noción de soberanía.

Otro aspecto que se debe considerar es que, si bien la soberanía es delimitada en el propio ámbito constitucional estatal, no es menos cierto que las relaciones internacionales limitan y clasifican a los Estados, otorgándoles estatus y reconocimiento internacionales como tales en los respectivos organismos mundiales y regionales, como la ONU.

Por otro lado, si bien no hay transferencia de competencias soberanas de los Estados parte de un tratado como el que da origen a la ONU, las cartas orgánicas de ésta pueden autorizar a sus órganos a tomar medidas coactivas en casos extremos apelando incluso a las fuerzas militares (verbigracia, artículo 2, inciso 5, y artículo 42 de la Carta Orgánica de la ONU).[10]

---

[7] "En el territorio se dice que la soberanía es plena y exclusiva. Plena porque por encima de un mínimo las competencias del Estado permanecen indeterminadas *ratione materiae* y cada cual es libre de fijar su alcance; exclusiva, porque el Estado monopoliza, en principio todos los poderes, en especial el empleo de la fuerza, y si bien puede limitarlos o transferir su ejercicio, mediante un consentimiento libremente expresado, a otro Estado (al que se le concede por ejemplo el establecimiento de bases o facilidades militares, o el control de un canal internacional) o a una organización internacional (de una Comisión fluvial a la UE), los poderes le revierten automáticamente cuando la limitación o la cesión termina". Remiro Brotóns: o. cit., p. 77.

[8] El ministro de Asuntos Exteriores de Argentina, Luis Drago, argumentó en una nota dirigida al gobierno norteamericano en 1902 que su gobierno condena la intervención de fuerzas externas en los asuntos internos de un país; esta afirmación sería el inicio de la doctrina Drago. Stephen Krasner: *Sovereignty: Organized Hipocrisy*, Washington: Princeton University Press, 1999, pp. 11-21.

[9] Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta, pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el capítulo VII.

[10] Artículo 2: "Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: […] 5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere

Observando estos hechos y rechazando de manera definitiva la idea de soberanía absolutista, Hans Kelsen manifestaba:

> Si el derecho internacional y, por lo tanto, los mismos tratados internacionales han de valer como normas jurídicas objetivas, independientemente de la voluntad de los estados obligados, es preciso que el conocimiento jurídico parta de la idea del primado del orden jurídico internacional. Pero esto significa que en tal supuesto ningún estado es soberano, puesto que todos se hallan sometidos en la misma medida al orden de la comunidad jurídica internacional, en la cual recae toda la soberanía.[11]

La Carta de las Naciones Unidas contiene una serie de normas que se refieren al uso de la fuerza armada colectiva que obligatoriamente deben acatar los Estados miembros para evitar conflictos y mantener la paz (artículo 42). Dicha paz no es un asunto privado de cada Estado con sus vecinos, sino algo que concierne a todos. Por ejemplo, la paz en Medio Oriente o la suerte de Namibia no conciernen únicamente a Egipto e Israel, por un lado, ni a Sudáfrica por el otro, sino que son preocupación de toda la Organización, cuyas resoluciones pueden ser seguidas de sanciones en caso de incumplimiento.

Para imponer la paz, la ONU plantea la posibilidad de una intromisión de sus efectivos en los Estados soberanos. De esta forma garantiza que no se repitan experiencias funestas para la humanidad. Se constituye así en un gran regulador de las relaciones entre los Estados, que busca conciliar sus criterios en forma conjunta. En caso de incumplimiento de cualquiera de ellos, se agotan varias instancias de negociación[12] para llegar a la amenaza de la fuerza y eventualmente imponer sanciones económicas o coordinar entre varios países la organización de ejércitos que pueden invadir en cualquier momento los Estados soberanos.

En el campo militar los ejemplos son más tangibles: los países de la OTAN y los del Pacto de Varsovia renunciaban a una parte importante de su soberanía al poner a disposición de los comandos conjuntos contingentes militares más o menos numerosos que originalmente sólo debían obedecer a sus mandos nacionales, dentro de su territo-

---

ejerciendo acción preventiva o coercitiva". Artículo 42: "Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas". ‹?http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/›

[11] Kelsen: o. cit., p. 45.

[12] Artículo 41: "El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas".

rio. Limitaban además su soberanía interior al permitir que potencias extranjeras (principalmente los Estados Unidos y la Unión Soviética) instalasen bases militares, cohetes y otras armas en sus territorios.[13]

Razones de estrategia y de defensa mutua fueron el principal motivo para que una gran mayoría de países aceptara restricciones a su soberanía. El siglo XX transcurrió en su mayor parte con una gran tendencia a dividir a los países en bloques que por la protección de sus intereses económicos, ideológicos y políticos aceptaban muchas veces imposiciones de países con mucho mayor potencial bélico y económico; otros países no tenían opción y simplemente se sometían a las disposiciones del país dominador.

Otros ejemplos de dominación y subordinación de la soberanía de Estados débiles a los intereses de Estados más poderosos los describe Idler al decir:

> Lo propio ocurre a nivel regional en este hemisferio donde la Carta de la OEA y el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), firmados por los Estados Americanos en Río de Janeiro en 1947, obligan a todos a salir en defensa de cualesquiera de ellos en caso de un ataque armado proveniente de otro Estado y controlan las probabilidades de conflictos internos en la región. Sin embargo, los mecanismos del TIAR no funcionaron en la Guerra de las Malvinas, sostenida por Argentina y Gran Bretaña del 2 de Abril al 14 de Junio de 1982, porque a Estados Unidos le interesaba más apoyar a su aliado de la OTAN, aunque no lo hiciera de manera directa.[14]

Otro tipo de tratados establecen la necesidad de dar protección eficaz a los derechos humanos, llevándolos a un nivel más alto, en el que incluso el Estado puede ser responsable de su violación.

Es decir, en las últimas décadas se ha ido afianzando en la comunidad internacional la idea de que el respeto de los derechos fundamentales de la persona o derechos humanos forma parte del orden público internacional. Esto se produce como una reacción a los horrores cometidos en el siglo XX por los gobiernos de distintos países, ya sea contra su propia población o contra minorías raciales que no pudieron defenderse contra esos atropellos y fueron masacradas en forma inmisericorde.

Ante la impunidad del Estado surge esta forma de defender a las personas que por una u otra razón fueron víctimas de los atropellos, los abusos e incluso la eliminación física. El cada vez más frecuente abuso del Estado en todas partes del mundo hace que surja una nueva disciplina jurídica amparada en tratados y convenios internacionales que dé protección efectiva y garantías a personas en peligro de sufrir cualquier arbitrariedad estatal o de los gobernantes.

Ekmekdjian asegura que existe una nueva disciplina jurídica que tiene como objetivo proteger los derechos fundamentales de los más débiles de los abusos que pueda cometer el Estado; de esta manera afirma:

---

[13] William Mc Rae: *Historia del derecho constitucional*, México: Themis, 1995, p. 90.

[14] Augusto Idler: *Nociones de geopolítica en América*, México: Porrúa, 1992, p. 78.

> La protección de estos derechos, no es ya una responsabilidad exclusiva de cada Estado. Al contrario ha pasado a formar parte del orden público internacional y ellos están protegidos por este nuevo derecho que se ha ido separando del viejo tronco del derecho internacional público y adquiriendo autonomía propia. Me refiero a este nuevo derecho supranacional o comunitario de los derechos humanos, al que he denominado "derecho de la integración humanitaria" para distinguirlo del viejo tronco.[15]

El *derecho de la integración humanitaria*, entonces, se constituye como una nueva forma de derecho comunitario, en el sentido de que existe una delegación de soberanía para precautelar los intereses fundamentales de una persona, aun sobre la supremacía estatal, que incluso puede ser acusada de crímenes y sancionada. Irrumpe entonces una nueva realidad mundial: la necesidad de brindar una efectiva protección a las personas y garantizar el efectivo cumplimiento y vigencia de los derechos humanos, sin importar el lugar en que se cometan sus violaciones ni las barreras geográficas o políticas que obstaculicen el esclarecimiento de los ultrajes a la humanidad.

Es decir, un Estado que viola habitual u ocasionalmente los derechos fundamentales de sus habitantes no puede ampararse ya en los tradicionales principios del derecho internacional público, tales como la no intervención, la autodeterminación o la soberanía, para evitar su responsabilidad.

La tendencia actual e irreversible se dirige a otorgar a todos los miembros de la comunidad internacional personería para sancionar las violaciones a los derechos humanos, al menos las más groseras y flagrantes, que se produzcan en cualquiera de los Estados. En otras palabras, los sujetos activos de los derechos generados en estos tratados no son los Estados firmantes, sino los individuos que habitan en ellos.

En dichos tratados se prevé incluso la existencia de tribunales u organismos supranacionales, ante los cuales un Estado signatario puede ser denunciado por incumplimiento de las obligaciones que ha asumido respecto a sus propios habitantes. Ejemplo de estos tratados son la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, los pactos internacionales de Derechos Civiles y Económicos y Sociales, y el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.[16]

---

[15] Miguel Ángel Ekmekdjian: *Derecho comunitario,* Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 76.

[16] Pacto de San José de Costa Rica, Convención firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Los pactos internacionales de derechos civiles económicos y sociales auspiciados por la ONU constituyen los primeros tratados internacionales globales y jurídicamente obligatorios en materia de derechos humanos, que, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos —resolución 217 A (III)— forman el núcleo de la Carta Internacional de Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), adoptado en Roma en 1950 por los miembros del Consejo de Europa, es competente para adoptar acciones apropiadas en orden a combatir la discriminación por razones de sexo, raza u origen étnico, religión, creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. En este sentido, la UE ha aplicado políticas dirigidas a lograr la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres.

De esta manera, en el orden público internacional se están dando casos cada vez más notables de protección a los derechos humanos. En efecto, una corte de apelaciones federal de los Estados Unidos determinó la jurisdicción de los Estados Unidos para castigar una violación del derecho internacional realizada por el régimen de Fidel Castro en contra de Cuba.[17]

La tendencia más fuerte del derecho humanitario de la integración es la de universalizar la protección de los derechos humanos. Los Estados, por la protección universal que implica la vigencia de estos derechos, ya no podrían ampararse en su soberanía, que se traduce en la no intervención en otros Estados, ya que ahora existe la facultad de conocer, juzgar y sancionar delitos que atenten contra el género humano, incluso contra los abusos del propio Estado.

Para ilustrar mejor la idea y demostrar la extraterritorialidad de la justicia en la protección de los derechos humanos, la Corte norteamericana sostuvo que la tortura realizada por un oficial de Estado en violación a la Constitución y a las leyes de la República del Paraguay no puede ser caracterizada como un acto del Estado. Afirma este tribunal que el torturador, al igual que el pirata y el traficante de esclavos, es enemigo del género humano. Este pronunciamiento fue el primero en que un tribunal de un Estado se declaró competente para conocer una acción civil basada en la tortura realizada en el territorio de otro Estado, ante la complicidad de las autoridades de éste, y fijó las bases para otros casos posteriores en la jurisprudencia norteamericana.[18]

Recientemente un tribunal italiano pretendió tomar declaración testimonial a varios testigos en la Argentina, sobre hechos delictuosos cometidos por el último gobierno militar, en virtud del principio de la nacionalidad previsto en el artículo 10 del Código Penal italiano.[19] En la misma línea, el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas establece que “no se podrá invocar el dominio reservado de los Estados, así como el principio de no intervención, para pretender proteger la falta de cumplimiento de un Estado a sus obligaciones de promover los derechos humanos”.

En otras palabras, la protección de los derechos humanos pertenece al orden público internacional, y su aplicabilidad y sanción quedan fuera de la jurisdicción doméstica exclusiva de los Estados. Dichos Estados ya no pueden ampararse en enunciados de no injerencia y soberanía, ya que, antes del surgimiento de la protección internacional de los derechos humanos, el ciudadano común se veía enfrentado a una serie de atropellos frente a los cuales se encontraba indefenso, pues el mismo Estado que en un principio se constituye para representarlo y defenderlo, por diversas causas (políticas, económicas, etcétera) se convertía en un enemigo poderoso que se amparaba en su poder soberano.

---

[17] Ekmekdjian: o. cit., p. 82.

[18] Ibídem, p. 93.

[19] Publicación del *New York Times*, 20 de octubre de 2002, segunda sección, p. 2.

Verdross, citado por Ekmekdjian, pone como ejemplo de los límites del concepto de soberanía la defensa de los derechos de las minorías étnicas en la primera posguerra mundial. Ello implicó someter al control de la Sociedad de las Naciones el trato inferido a ciertas minorías étnicas, concediéndoles un derecho de petición ante ese organismo.

Por su parte, el protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU otorga a los individuos que hayan sufrido violaciones a sus derechos la facultad de presentar la denuncia ante el Comité de Derechos Humanos de la Organización. En la última Conferencia de Derechos Humanos de Viena se aprobó la creación del Alto Comisionado de Derechos Humanos, con similares atribuciones a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicha convención expresa principios sobre derechos humanos, en los planos económico, social, cultural, civil y político, y normas que obligan a la comunidad de Estados y a cada uno de ellos a acatar, promover, garantizar y defender los derechos humanos como objetivo supremo, se trate de los individuales, los colectivos o los llamados *de tercera generación*, connotados por su universalidad y su indivisibilidad. Y se establecen formas operativas a tales efectos, fundamentalmente la cooperación internacional basada en el principio de beneficio recíproco, que no prive a los pueblos de sus propios medios de subsistencia ni les coarte la libre disposición de sus riquezas y sus recursos naturales.[20]

En nuestro continente también abundan las normas regionales que reproducen y hasta robustecen la supremacía de los derechos humanos sobre toda otra norma internacional. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre los ubica como el fin principal de todas las instituciones jurídicas y políticas[21] y ratifica que en América los derechos humanos de las personas, de los pueblos y de las naciones son intangibles, innegociables, insustituibles e insubordinables a cualquier consideración, presión o acuerdo que conlleve su menoscabo.

Todos éstos constituyen firmes avances en busca de responsabilizar al Estado por la violación de los derechos humanos, prescindiendo del principio de soberanía y de no intervención, lo cual se convierte automáticamente en una garantía para la integridad de cualquier ciudadano, puesto que poco a poco la impunidad que protegía al Estado violador de derechos humanos está desapareciendo para dar paso a la fuerza del derecho en cualquier parte del mundo civilizado.

Se puede afirmar que de las dinámicas relaciones internacionales que sostienen los Estados se deriva la necesidad de relativizar la noción clásica que se tiene de la soberanía, ya sea por la celebración de tratados internacionales, que por su contenido limitan la voluntad estatal, o incluso por la necesidad de hacer prevalecer derechos

---

[20] Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 2.

[21] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 9.

fundamentales de la persona, con la posibilidad de imponer sanciones extraterritoriales por sobre la autoridad estatal. Al respecto, Eugenia Ponce de León afirma:

> Contemporáneamente, la integración comunitaria responde y se afianza en la concepción de una soberanía relativa de los Estados, no reconocida como un poder estatal supremo, absoluto e ilimitado, sino como algo menguado y circunscrito por la interacción de los demás actores de la comunidad internacional, lo que implica la resignación de competencias específicas de los países miembros en organismos comunitarios a fin de hacer viables los procesos de integración económica.[22]

No obstante, es necesario destacar que la limitación de las competencias soberanas producto de las relaciones internacionales de comercio, cooperación e integración debe partir de las propias Constituciones, las cuales son el máximo referente del orden jurídico interno y externo de un Estado, y la máxima garantía de convivencia pacifica y de respeto al Estado de derecho.

Mención aparte merece el Tratado de la Corte Penal Internacional, creado según el principio razonable de que los crímenes contra la humanidad o de guerra no queden impunes aun contra la decisión de un Estado parte. No obstante, su pretendida universalidad ha quedado en entredicho, puesto que de su aplicación se exceptúan los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (China, Estados Unidos, Rusia, Reino Unido y Francia), por cuanto, según el artículo 13 del Tratado, dichos miembros no necesitan ser parte de la Corte, si bien pueden requerir su actuación en cualquier Estado que no sea miembro del Consejo de Seguridad.

2. Vigencia actual de la noción de soberanía

En los últimos tiempos se está presenciando la transformación paulatina de nociones que desde su nacimiento parecían inamovibles, impulsada por los grandes cambios mundiales en el orden económico, social y político, principalmente del último siglo. Así pues, la noción que se tenía de la soberanía como algo intangible, absoluto y eterno en sus primeros tiempos,[23] sufrió transformaciones y con ella también se modificó la estructura de su principal instrumento jurídico: la Constitución Política del Estado.

Sobre la importancia que ha tenido la noción de soberanía para los Estados y para el ámbito jurídico internacional y constitucional, Dromi señala:

---

[22] Eugenia Ponce de León: "Temas de derecho comunitario ambiental andino", citado por César Montaño Galarza: "Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, t. II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, p. 968.

[23] Según Hegel, "por soberanía en su acepción tradicional se entiende un poder que no está sujeto a otro poder", y Bodino sostiene: "La soberanía es el poder absoluto y perpetuo, no es limitada ni en poder ni en responsabilidad ni en tiempo". Carlos Sabine: *Elementos de derecho internacional*, México: Coloquio, 1995, p. 490.

> Sin embargo pese a todas las observaciones apuntadas, el término soberanía está lejos de ser olvidado por el derecho internacional, quien supo ser su principal reformador, hasta el advenimiento del derecho comunitario, ha acogido en su seno a numerosos acuerdos internacionales donde se le rinden elocuentes honores.[24]

Por ejemplo, la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2, inciso 1, establece:

> La Organización está basada en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros.[25]

En similar sentido se expresa la Carta de la Organización de los Estados Americanos en su artículo 3.*b*:

> El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados.[26]

No obstante, ningún intérprete de estos instrumentos jurídicos internacionales ha pretendido dar a tales conceptos de soberanía el carácter absoluto que ésta tenía en la teoría clásica. Esto último estaría en franca contradicción con toda idea de derecho internacional y, aún más, con la esencia misma de cualquier ordenamiento de tipo comunitario, como, por ejemplo, la Unión Europea o, en nuestra región, la Comunidad Andina.

Producto de la anterior afirmación, los procesos de integración regional parecen estar abandonando paulatinamente el término *soberanía* (en los Tratados de la Comunidad Europea no tiene lugar), puesto que sólo nombrarlo parece despertar sentimientos nacionalistas extremos o miedo a perder la identidad frente a procesos avasalladores e incluso dominadores que puedan someter al país o condenarlo a su desaparición. Al respecto, es importante anotar que Dromi establece:

> La integración regional no es incompatible con la soberanía nacional. La potestad perpetua de una república, como decía Jean Bodin no será menos absoluta porque la energía del poder soberano se extiende por integración en sentido horizontal, aunque no por internacionalización en sentido vertical. De todas formas por muchos años, la idea de Estado como potencia nacional encontró su expresión jurídica en el dogma de la soberanía. Las relaciones del derecho comunitario de la integración no niegan ni limitan ni excluyen a la soberanía, sino que la ubican en un marco ampliado, donde se extiende o prolonga el poder soberano del Estado en otras materias que no tenía aunque ahora *compatibilizado* con el poder soberano de otro estado miembro.[27]

Entender la soberanía como una concepción de poder ampliado del Estado permite plantear la posibilidad de que, al menos teóricamente, no sufre ninguna disminución de su poder, que siempre será una noción absoluta y perpetua de los Estados, la

---

[24] José Roberto Dromi: *Acuerdo Mercosur-Unión Europea,* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 85.

[25] ‹http://www.un.org/spanish/aboutun/charter??›.

[26] ‹http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html›.

[27] Dromi: o. cit., p. 85.

cual sólo sería compartida en condiciones iguales y equitativas; por lo tanto, decir que "la integración aumenta cualitativamente la soberanía de los estados miembros" es afirmar que existe una traslación de competencias soberanas a un determinado organismo comunitario que representa a varias repúblicas; este organismo necesariamente tendría una superioridad sobre los demás Estados miembros en las materias objeto de la transferencia y sería el único responsable de la aplicación de dichas materias —en una concepción, como se dijo, ampliada de la soberanía.

3. Síntesis de la formación del Estado constitucional y soberano

No resultará posible comprender el papel del Estado constitucional en las relaciones internacionales ni el rol que jugó en él la noción de soberanía si no se repara en varios acontecimientos fundamentales, próximos al proceso de formación del liberalismo. Uno de ellos es la independencia de los Estados Unidos de América (1776), a raíz de la cual se produjo la sanción de la primera Constitución escrita (1787), y otro es la Revolución Francesa (1789), origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789).

Con el constitucionalismo, el Estado es concebido como una asociación política de ciudadanos sobre quienes recae la soberanía en plenitud. La soberanía fue separada de la voluntad de Dios y se adjudicó en su plenitud al pueblo.[28]

En la visión jurídico-política europea (Constitución francesa, de Cádiz, etcétera), se entendió que la soberanía debía estar consolidada en una unidad de régimen. La solución federal extensiva de la soberanía e inspirada en el ejemplo de los Estados Unidos de América[29] no tuvo mayor eco; a principios del siglo XIX, pocos estados iberoamericanos recurrieron a esta fórmula.

3.1. Constitucionalismo liberal

Junto con el constitucionalismo liberal y a partir del concepto de *nación*, que tanto éxito tuvo al calor de la Revolución Francesa, cobró notable importancia el nacionalismo. Este movimiento de inusitada virulencia tuvo como focos más destacados a la península italiana, aun cuando no escasearon otros ejemplos, como el de la

---

[28] Artículo 2 de la CPE de Bolivia: "La soberanía reside en el pueblo; es inalienable e imprescriptible; su ejercicio está delegado a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial". Por su parte, la CPE de Ecuador establece en su artículo 1: "La soberanía radica en el pueblo, que la ejerce por los órganos del poder público".

[29] De acuerdo con la Constitución estadounidense, los estados delegaron gran parte de sus facultades soberanas en el Gobierno federal en Washington DC, pero mantuvieron muchas facultades importantes. Por ejemplo, cada uno de los 50 estados conserva el derecho de dirigir su propio sistema educativo y de otorgar licencias a los médicos y a otros profesionales, de ofrecer protección policial a sus ciudadanos y de a dar mantenimiento a sus carreteras.

independencia de Grecia (1831). El nacionalismo sostuvo como principio indeclinable que sólo se podía alcanzar la perfección política en la medida en que el Estado se identificase plena y absolutamente con la *nación*.

En otras palabras, puede identificarse al constitucionalismo liberal por la actitud ausente del Estado frente a las necesidades de la sociedad en su conjunto y a favor de ciertos grupos nacionales.[30]

3.2. Constitucionalismo social

Con la cada vez más frecuente presión popular de participar en decisiones políticas y estatales, se inició la etapa del *constitucionalismo social*. En el siglo XX el Estado, comprendiendo que el derecho debe ir al encuentro de los objetivos reclamados por la sociedad, asumió nuevos cometidos, con lo cual trató de consolidar su legitimidad como una organización que ante todo representa al pueblo. A decir de Ernesto Torre Villar:

> Con el Constitucionalismo social aparece una gran corriente desde la Primera Guerra Mundial que se acentúa después de la Segunda, que tiende a la constitucionalización de los derechos sociales, la extensión de la democracia, ampliación de problemas tratados constitucionalmente y tecnificación del aparato constitucional. Que se inicia precisamente con un texto americano del área, la Constitución mexicana de 1917, pero que adquiere resonancia universal con la Constitución rusa de 1918 y especialmente con la Alemana de Weimar de 1919, dentro de cuya tendencia debe incluirse la Carta Fundamental de España de 1931, que tanta influencia tendrá en América Latina.[31]

Dromi manifiesta al respecto que a la exigencia tradicional de legitimación democrática se añade la de legitimación del Estado que procura el satisfactorio cumplimiento de su papel integrador y de dar una resolución adecuada a los problemas y conflictos sociales.[32]

Producto del constitucionalismo social, el Estado debe convertirse en el principal organizador de las necesidades sociales, tratando de dar solución a los conflictos originados principalmente por el desempleo y las guerras; de esta manera se identifica más con el pueblo, al que ratifica como el principal depositario de la soberanía.

3.3. Constitucionalismo organizacional

Después de la segunda posguerra, el constitucionalismo experimenta una verdadera renovación hacia el *constitucionalismo organizacional*, que pone el acento

---

[30] Mc Rae: o. cit., p. 98.

[31] Ernesto Torre Villar: *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, Ciudad Universitaria, 1976, p. 66.

[32] Dromi: o. cit., p. 87.

fundamentalmente en la organización política democrática y en la organización jurídica del Estado de derecho. Exponentes de ello son las Constituciones francesas de 1946 y 1958, la italiana de 1947 y la alemana de 1949.[33]

Luego de las terribles consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, el Estado tenía como principal objetivo afianzar las instituciones democráticas y reorganizar sus bases jurídicas para consolidar un régimen legal fundado principalmente en medios pacíficos y ordenados que sólo puede otorgar un Estado de derecho, como principal garantía para la convivencia de los pueblos.

3.4. Constitucionalismo de la realidad

Como señala Dromi, a fines del siglo XX comienza a cobrar importancia el *constitucionalismo de la realidad*, orientado a concretar prácticamente las declaraciones, derechos y garantías constitucionales, con lo cual el *Estado poder* se transforma en el *Estado de derecho*.[34]

De este modo se intenta consolidar las mejores y más decisivas conquistas de la época constitucional: la legitimación democrática del poder, la sujeción de éste al derecho y su carácter activo en la configuración de la sociedad.

En dicho constitucionalismo de la realidad también se prevé normativamente la posibilidad de la formación de comunidades políticas, económicas y culturales, y se salvaguarda la noción de soberanía en la medida en que el país se integre en condiciones de igualdad y reciprocidad.

De esta manera, dicho constitucionalismo va a reflejar la noción de derecho comunitario en su más importante sentido, como es la integración de los países a través de organismos supraestatales. Así lo refleja Dromi al decir:

> Algunas constituciones dentro de esta corriente, ya han viabilizado la factibilidad del comunitarismo admitiendo la celebración de tratados de integración entre Estados para conformar organizaciones supraestatales. Las constituciones de los Estados miembros instituyen a los tratados de integración como la verdadera Constitución Política de la Comunidad.[35]

El constitucionalismo de la realidad es una nueva corriente constitucional que señala las principales pautas que debe seguir el Estado de derecho en el próximo siglo. Para poder afianzarse en el contexto internacional, éste debe considerar ser parte de procesos de integración, que incluyan la delegación de competencias soberanas a organismos comunitarios con características supranacionales, en condiciones de igualdad, reciprocidad y equidad.

---

[33] Ekmekdjian: o. cit., p. 44.
[34] Dromi: o. cit., p. 30.
[35] Ibídem, p. 95.

4. Conclusiones sobre la integración y el derecho comunitario

El ser humano ha demostrado desde tiempos ancestrales tener una vocación integradora. Dicha vocación ha tenido diversas manifestaciones, desde la unión del hombre en pequeñas y primitivas tribus, pasando por el nacimiento de la civilización, hasta la compleja formación de las sociedades modernas. Pero el fenómeno humano de la integración no es únicamente social, sino que se extiende a otras áreas íntimamente relacionadas con lo social, como, por ejemplo, la integración política y económica.

El *sujeto* protagonista poseedor de esta *vocación integradora*, por definición, se identifica con el *zoopolitikon* de Aristóteles. El estagirita, en el libro I de la *Política*, sostiene que el hombre es por naturaleza un animal político.[36]

Más adelante, el mismo pensador afirma que la ciudad —esto es, la organización política— es anterior al individuo, pues si el individuo no puede por sí bastarse a sí mismo, deberá estar con el *todo* político, en la misma relación que las otras partes lo están con su respectivo *todo*.

Aristóteles está convencido de que la integración del hombre a una comunidad determinada es una necesidad para aquél. De esta manera sostiene:

> El individuo que sea incapaz de entrar en esta participación común, o que a causa de su propia suficiencia no necesite de ella, no es más parte de la ciudad, sino que es una bestia o un dios.[37]

Estas palabras, escritas hace más de dos mil años, reflexionan sobre una realidad vigente hasta nuestros días: la *integración* no es voluntaria para el género humano, no responde a un deseo, sino que constituye una auténtica necesidad, puesto que el ser humano histórica y socialmente necesita estar relacionado con los demás.

La necesidad integradora característica del hombre le ha permitido sobrevivir a través de los tiempos, formar una familia, una sociedad, y ser parte de un país y de un continente. Actualmente se toma nuevamente conciencia del lugar que ocupa la especie humana gracias a su voluntad y capacidad de integrarse constantemente. Es principalmente por esta necesidad que incluso se llevan a cabo grandes proyectos unificadores a lo largo de la historia, y ahora más recientemente se puede vislumbrar que en los albores de un nuevo milenio el derecho se pone al tanto de las exigencias de sus pueblos y entrevé la aparición de nuevas disciplinas que le dan un nuevo enfoque, más fresco, a la unión de los pueblos.

Ejemplo de lo anterior es el derecho comunitario, que sin dejar necesariamente de lado antiguas nociones, como la soberanía, las ubica dentro de un nuevo papel para que puedan encontrar su lugar dentro del siempre cambiante contexto internacional.

---

[36] Aristóteles: Política, México: Tlahui, 1997, p. 67.

[37] Augusto Herrera: *Filosofía clásica*: *bases para las relaciones internacionales*, México: Planeta, 1997, p. 65.

De esta manera se comprende por qué en la actualidad, cuando se habla de los procesos de integración, se suele afirmar que éstos constituyen una necesidad para los pueblos, más que cualquier otra cosa. Tanto para nuestros contemporáneos como en la época de Aristóteles, el hecho de que un hombre necesite de otro y ambos del resto forma parte de una verdad evidente.

Ahora bien, el universo jurídico, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, se ha acrecentado con el desarrollo de los procesos de integración de tipo comunitario. A la multiplicidad de órdenes nacionales y al orden internacional, se ha sumado un nuevo orden jurídico: el comunitario.

Las naciones europeas, como resultado de la Segunda Guerra Mundial, sólo podían ofrecer el hambre y la destrucción que habían dejado la intolerancia racial, la destrucción masiva y el odio entre sus pueblos. Como una necesidad para revertir esos nefastos resultados, sobre las cenizas de ciudades en ruinas y millones de muertos, surgió nuevamente la vocación integradora.

No obstante, la experiencia europea no es el único proceso de integración encarado en la posguerra. Existen muchos otros (entre ellos, el Mercosur o la Comunidad Andina) que se constituyen en respuestas a las nuevas leyes económicas que imponen la integración como única posibilidad para el desarrollo.

Sin embargo, de todos los intentos de integración regional llevados a cabo por la raza humana, el de la Unión Europea es el que más lejos ha llegado. Este hecho no puede ser ignorado cuando se habla de derecho comunitario, ya que con esta nueva forma de integración se sientan sus primeras nociones, desde el momento en que la misma *experiencia europea*, con sus logros y fracasos, se convierte en *paradigma*, en una guía para cualquier intento integracionista. Estos intentos tienen como base primigenia el factor económico, pero lo trascienden, y necesitan estabilizarse, consolidarse en sistemas jurídicos para afianzar su sobrevivencia. Al respecto, Montaño Galarza afirma:

> A ciencia cierta diremos que el derecho no es ajeno al establecimiento de una correlación con la economía y sus problemas, lo que asegura una dinámica jurídico-económica inagotable y con múltiples efectos, enfocada a mejorar los sistemas económicos nacionales y como consecuencia de esto, el nivel de vida de toda la sociedad, cuestión en buena parte auspiciada hoy en día por el incremento de las relaciones internacionales, de la cooperación entre los países y el avance de los procesos de integración.[38]

Producto del avance de la globalización económica, las relaciones entre los países son mucho más intensas, e incluso la feroz competencia comercial obliga a varios Estados a asociarse para poder competir en bloques regionales. Dichas asociaciones

---

[38] César Montaño Galarza: "Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario", en *Foro* n.º 1, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2003. p. 203.

integracionistas necesitan de un cuerpo de leyes cuyas instituciones no necesariamente reemplazan a los Estados, sino que éstos delegan determinadas competencias soberanas en las instancias supranacionales que se crean, sentando las bases del derecho comunitario.

Este nuevo ordenamiento comunitario, en opinión de Ekmekdjian, presenta las siguientes particularidades:

> Si bien es autónomo e independiente tanto del orden jurídico internacional como nacional, desde el momento que se "integra" a este último, da origen a una conflictiva convivencia que llama a la doctrina y a la jurisprudencia a replantearse, de manera constante, nociones clásicas que hasta no hace mucho, eran tenidas como dogmas irrefutables del derecho constitucional. En especial tres son las nociones de este tipo que han sido alcanzadas de lleno por el impacto reformador del orden jurídico comunitario: La noción de soberanía, derivada de ésta, la de supremacía de la constitución y la de control de constitucionalidad.[39]

Parecería que el Estado ya no es el gran proveedor de leyes para sus ciudadanos, sino que de alguna manera tiende a ceder su lugar a una comunidad de Estados que poco a poco se va organizando más para emitir leyes de tipo económico, político o cultural.

En otras palabras, afirmar que existe un *impacto reformador del orden jurídico comunitario,* por sobre las competencias estatales, significa que se debería asumir que una noción de soberanía absoluta es inviable. Uno de los primeros efectos de esta última afirmación es que la supremacía constitucional alcanzada por dicho impacto reformador permitiría la creación de organismos con características de supranacionalidad.[40]

Referencias bibliográficas

AKEHURST, Michael: *Introducción al derecho internacional*, versión española y notas de Manuel Medina Ortega, Madrid: Alianza Editorial, 1972.

ALVARADO BAENA, Vivian: *Las pretensiones de nulidad, incumplimiento e interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Bogotá, Centro Colombiano del Derecho de Autor, 1996.

ARISTÓTELES: *Política*, México: Tlahui, 1997.

BAZÁN, Víctor: *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales,* México: Porrúa, 2003.

Boletín Oficial de los Estados Miembros, Madrid, 2001.

BORCHARDT, Klaus-Dieter: *El ABC del Derecho Comunitario,* 5.ª ed., Luxemburgo, 2000.

---

[39] Ekmekdjian: o. cit., p.76.

[40] Montaño Galarza: "Constitución ecuatoriana…", o. cit., p. 968.

— *La unificación europea. Nacimiento y desarrollo de la Unión Europea*, 4.ª ed., Documentación Europea, 1995.

BREWER CARÍAS, Allan R.: "América Latina: retos para la Constitución del siglo XXI", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2000.

CATALANO, Nicola: *Manual de derecho de las Comunidades Europeas*, trad. Marino Ayerra, Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 1966.

CRESPO, Carmen Helena: *Preeminencia y aplicación directa del derecho comunitario*, Quito, 1993.

Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid: Civitas, 1997.

DROMI, José Roberto: *Acuerdo Mercosur-Unión Europea*, 1998.

— *Derecho comunitario*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Derecho comunitario*, Buenos Aires: Depalma, 1996.

— *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, 2.ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1996.

FERREIRA REY, Omar: "Derecho internacional público y derecho de la integración", en *El derecho de la integración en el Grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*, 2.ª ed., Lima, Junta del Acuerdo de Cartagena, 1983.

Foro n.º 4, revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Ricardo ALONSO GARCÍA y Antonio TIZZANO: *Código de la Unión Europea, Anexo de actualización*, Madrid: Civitas, 2001.

GONZÁLEZ-OLDEKOP, Florencia: *La integración y sus instituciones. Los casos de la Comunidad Europea y el Mercosur*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

GUERRERO MAYORGA, Orlando: "El proceso de integración centroamericana y la globalización", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano2004*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004.

HERRERA, Augusto: *Filosofía clásica: bases para las relaciones internacionales*, México: Planeta, 1997.

KONRAD, Hesse: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 89.

JACQUE, Jean Paul: *Aspectos institucionales y jurídicos de la integración*, Madrid: Centro de Formación para la Integración Regional, 1998.

JIMENO BULNES, Mar: *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Madrid: Id. v Lex-0L504, 1996.

KAUNE A, Walter: *De la necesidad de la integración y su proyección*, inédito, Quito, 2003.

KELSEN, Hans: *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, trad. Nicolás de Piérola, Lima: Cultural Cuzco, 1996.

KRASNER, Stephen: *Sovereignty: Organized Hipocrisy*, Washington: Princeton University Press, 1999.

KREPPEL, Horstpeter: "El planteamiento de la cuestión prejudicial los problemas sustantivos y procesales", ponencia para el seminario *De las directivas 2000/43 y 2000/78 a las leyes 51/03 y 62/03*, organizado por Jueces para la Democracia en colaboración con el Imserso, Madrid, 3 y 4 de junio de 2004.

KREMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: "Derecho comunitario y derecho constitucional", en *Integración regional, perspectivas para América Latina*, San Juan: Fundación Universidad Nacional de San Juan, 1994.

LÓPEZ MONROY, José de Jesús: *Sistema jurídico del common law*, 2.ª ed., México: Porrúa, 2001.

MALDONADO LIRA, Héctor: *30 Años de integración andina. Balance y perspectivas*, Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 1999.

MANGAS MARTÍN, Araceli, y Diego LIÑÁN NOGUERAS: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., Madrid: McGraw-Hill, 1999.

MC RAE, William: *Historia del derecho constitucional*, México: Themis, 1995.

MENGOZZI, Paolo: *Derecho comunitario de la Unión Europea*, Bolonia: Tecnos, 2000.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: *Manual de derecho de la comunidad europea*, Madrid: Dijusa, 2002.

MONTAÑO GALARZA, César: "Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario", en *Foro* n.º 1, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y Corporación Editora Nacional, 2003.

— "Constitución ecuatoriana e integración andina: la situación del poder tributario del Estado", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, t. II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

ORTIZ BLANCO, Luis: *El procedimiento en el derecho de la competencia comunitaria*. Madrid: Fundación Universidad Empresa, 1994.

PIZZOLO, Caloggero: *Pensar el Mercosur*, Buenos Aires: Ediar, 1999.

REMIRO BROTÓNS, A.: *Derecho internacional*, Madrid: Mc Graw Hill, 1997.

RIECHENBERG, Kurt: "El proceso prejudicial en la Unión Europea", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

ROA BASTOS, Gabriel: *Relaciones internacionales y Estado*, México: Porrúa, 1999.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro: *Lecciones de derecho comunitario*, Luz, Andalucía, 1999.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: *Introducción al derecho de la Unión Europea*, 2.ª ed., Madrid: Eurolex, 1999.

SABINE, Carlos: *Elementos de derecho internacional*, México: Coloquio, 1995.

SOSA GÓMEZ, Cecilia: "La interpretación prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (referencia al caso venezolano)", en *Memorias del Seminario Internacional "La integración, derecho y los tribunales comunitarios"*, Quito, Cuenca, Guayaquil y Trujillo, julio y agosto de 1996.

TANGARIFE TORRES, Marcel: *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Medellín: Raisbeck, Lara, Rodríguez & Rueda, Baker & McKenzie, 2002.

Testimonio Comunitario, Quito: Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2004.

TOSI, Jorge L.: *Comercio internacional y Mercosur*, Buenos Aires: La Roca, 1999.

URIBE RESTREPO, Fernando: *El derecho de la integración en el Grupo Andino*, Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.

— *La interpretación prejudicial en el derecho andino*, Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993.

VERDROSS, Michelle: "Droit international public et droit interne", en *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*, citado por Humberto Nogueira Alcalá en "Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2000.

VIGIL TOLEDO, Ricardo: "La consulta prejudicial en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

ZELADA CASTEDO, Alberto: *Derecho de la integración económica regional*, Buenos Aires: BID/INTAL, 1989.

— *Solución de controversias en el derecho internacional económico y en el derecho de la integración económica regional*, Sucre: Universidad Andina Simón Bolívar, 1996.

Páginas web

‹http://europa.eu.int/institutions/court/index_es.htm›

‹http://intranet2.unete.com.bo/derechoteca/html/tjca/jurisprudencia.php›

‹http://infomadera.net/book/view/15103›

Rodrigo Javier Garrón Bozo (Bolivia) *

El control de constitucionalidad y el control de comunitariedad de las normas de derecho comunitario derivado andino

Los sistemas comunitarios, al igual que los sistemas internos de los Estados, tienen un sistema de fuentes originario y derivado. El derecho originario es aquel formado por la voluntad de las partes, que a este efecto operan como constituyentes de la nueva comunidad internacional (que, conforme a su derecho interno podrán ser los representantes plenipotenciarios de los Estados, presidentes, primeros ministros, monarcas, etcétera). En cambio el derecho derivado es aquel que se desprende de los parámetros y alcances que el derecho originario ha marcado como límite.

Al igual que en la Unión Europea (UE), en la Comunidad Andina (CAN) el derecho comunitario originario[1] constituye el parámetro normativo supremo ante el cual se deberán realizar los *controles de comunitariedad* de la normativa derivada; esto implica que los tratados constitutivos se utilizarán como parámetros de validez e interpretación de la normativa comunitaria derivada, y a su vez como parámetros de interpretación del ordenamiento jurídico nacional relacionado o vinculado con el ordenamiento jurídico comunitario.

---

* Profesor de Derecho Comunitario en las Maestrías de Derecho Penal, Derecho Constitucional y Derecho Económico de la Universidad Andina Simón Bolívar (La Paz, Bolivia). Máster y posgrado en Derecho Comunitario de la Unión Europea por la Universidad Complutense de Madrid. Director de la revista jurídica *Verba Legis*. Director del bufete Garrón Bozo - Abogados. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica Boliviana. ‹rgarron@gbabogados.com.bo›.

[1] También llamados *tratados constitutivos*.

La ubicación del derecho originario dentro del sistema de fuentes dependerá de la ubicación que se le asigne en los textos constitucionales. No se debe olvidar que las constituciones aplican diferentes fórmulas en materia de tratados internacionales, e incluso, en algunos casos[2] se incluyen cláusulas de apertura que matizan la ubicación del derecho comunitario dentro del esquema normativo *ad intra* y *ad extra* estatal.

En la UE, el TJCE, a través de la sentencia *Los Verdes contra Parlamento Europeo*, de 23 de abril de 1986 (249/83), le ha otorgado grado de *carta constitucional* al derecho comunitario originario, debido a que a través de estos instrumentos se crea una nueva comunidad internacional, la cual nace del pacto y la voluntad de sus suscriptores, que actúan como constituyentes comunitarios.[3]

Esta declaración debe ser entendida materialmente, ya que en cuanto a aspectos de forma el derecho originario sigue operando e interrelacionándose intracomunitaria, internacional e intercomunitariamente, según parámetros y fórmulas del derecho internacional, léase bien, como tratados internacionales multilaterales sui generis.

En la CAN, hasta la fecha no existe jurisprudencia similar a la de la UE señalada; sin embargo, conforme el asunto *Volvo*,[4] el TJCA ha indicado que, en cuanto a los métodos de interpretación que utiliza el TJCA, tendrá presente la experiencia y la jurisprudencia del TJCE,[5] por lo que es probable que con base en este criterio el TJCA otorgue carácter de *carta constitucional* al Acuerdo de Cartagena (AC) y al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA), así como a sus protocolos modificatorios.

Por otra parte, se debe destacar que en la UE existe la práctica de consultar al soberano a través de referéndum, sobre la posibilidad o no de formar parte de un sistema comunitario (en este caso, de la UE), lo cual ha generado que los pueblos se manifiesten en reiteradas ocasiones a favor y en contra.

1. Control de comunitariedad del derecho derivado

Una vez identificada la ubicación del derecho comunitario originario dentro del sistema de fuentes nacional y comunitario, resulta lógico deducir que con frecuencia

---

[2] Véanse las constituciones de Colombia y Venezuela.

[3] En Bolivia, conforme el artículo 59, número 12, de la Constitución Política del Estado (en adelante CPE), el encargado de negociar y concluir tratados internacionales es el presidente de la República, previa ratificación del Congreso, por lo que, éste es el constituyente comunitario por mandato constitucional.

[4] Véase la sentencia del TJCA, sobre cuestión prejudicial de interpretación, n.º 1-IP-87.

[5] "En cuanto a los métodos de interpretación que debe utilizar el Tribunal, ha de tenerse presente la realidad y características esenciales del nuevo Derecho de la Integración y la importante contribución que en esta materia tiene ya acumulada la experiencia europea, sobre todo por el aporte de la jurisprudencia de la Corte de Justicia, Tribunal único de las Comunidades Europeas en la aplicación de este derecho, que se está haciendo constantemente en beneficio de la construcción comunitaria, sin perder de vista el fin permanente de la norma."

se presenten dudas respecto a si una norma comunitaria se encuentra conforme a los preceptos constitucionales de cada Estado miembro, e incluso se encuentren incompatibilidades entre la norma comunitaria derivada y la norma constitucional.

En estos casos, el mecanismo de evaluación y filtro normativo parte de un control de comunitariedad de la normativa derivada en cuestión y utiliza como parámetro de validez el derecho originario.

En caso de que se compruebe que la norma derivada comunitaria es contraria al derecho originario, se la deberá expulsar del ordenamiento jurídico comunitario a través del recurso de nulidad o, en su caso, vía cuestión prejudicial de validez.

Si el derecho derivado se encontrase acorde con el derecho comunitario originario, se presentan dos alternativas. La primera es que, estando acorde la norma derivada con la norma originaria comunitaria, el Estado miembro que vea por conveniente, denuncie al derecho comunitario originario por contravenir éste sus preceptos constitucionales.[6] La segunda, que se realice una reforma de la Constitución, adaptándola a la normativa comunitaria.

2. El efecto constitucional del derecho comunitario originario en Bolivia (comentarios a la sentencia constitucional 0031/2006, de 10 de mayo de 2006)

El derecho comunitario originario nace, se desarrolla y concluye bajo las formas y los parámetros del derecho internacional público, pues formalmente es un tratado multilateral.

Por este motivo es importante analizar las consideraciones que realiza el Tribunal Constitucional (TC) dentro de la sentencia constitucional 0031/2006, pues por primera vez se hace referencia al control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales.

En el asunto 0031/2006, se planteaba la inconstitucionalidad de leyes ratificatorias de convenios y tratados internacionales en materia de protección a las inversiones, por ser presuntamente contrarios a los artículos 135 y 228 de Constitución Política del Estado (CPE). En este sentido, el TC, a partir del punto III, relativo a los "Fundamentos jurídicos del fallo", realizó un análisis sobre el "Control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales".

El análisis que realizó el TC coincide con parte de la doctrina en cuanto al sistema de control de constitucionalidad, que la CPE ha previsto en materia de tratados y convenios internacionales;[7] sin embargo, incluye algunos aspectos que es importante

---

[6] Véase asunto *Wistupiku contra Wistus*, TC, sentencia constitucional n.º 043/2002.

[7] Rodrigo Javier Garrón Bozo: *Jerarquía de los tratados y del derecho comunitario*, La Paz: Azul, 2005.

mencionar dentro de su análisis, pues por una parte ratificó el principio de primacía constitucional y por otra estableció que no se puede realizar un control *ex post* de los tratados y convenios internacionales en virtud del *pacta sunt servanda*.

Esto resulta contradictorio en sí mismo, pues la norma base de un sistema normativo estatal, o, en su caso, comunitario, sirve como parámetro de validez e interpretación del resto de las normas que son jerárquicamente inferiores, por lo que, si la CPE encabeza la pirámide normativa, también debería servir como parámetro de interpretación y validez de los tratados y convenios internacionales. No se debe olvidar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados opera con hábito de tratado.

Por ello, tal vez deba considerarse más apropiada la teoría del *efecto constitucional de los tratados* en Bolivia,[8] doctrina que nació del análisis de la jurisprudencia del caso *Grajales*.[9] Según esta teoría, los tratados sólo podrían someterse a un control de constitucionalidad a priori, debido —y ésta es la diferencia— a que son fruto de una *facultad constitucional* que tiene el presidente de la República y el Congreso de negociar, concluir y aprobar tratados y convenios internacionales, por lo que un control de constitucionalidad a posteriori sería inconstitucional, dado que el TC vulneraría los propios preceptos constitucionales que facultan al presidente y al Congreso en materia de tratados.

De esta forma, si bien se mantiene el principio de primacía constitucional, a su vez se les otorga un *efecto constitucional* a los instrumentos internacionales (por ser éstos consecuencia de una facultad constitucional), a fin de que ingresen —*de forma disimulada*— al bloque de constitucionalidad, lo cual impediría automáticamente que el TC realice un control de constitucionalidad, por ser dichos tratados parte del bloque de constitucionalidad.[10]

Sin embargo, pese a la observación realizada anteriormente, la sentencia constitucional 031/2006 —debido a su carácter *erga omnes*— resolvió la controversia respecto a si los controles de constitucionalidad de los tratados debían efectuarse bajo el sistema *a priori* o *a posteriori*, ya que la CPE no establece de forma expresa el momento en que debe realizarse este control.

Asimismo, esta sentencia sirvió para que el TC reafirmara[11] el carácter bidimensional de los tratados y convenios internacionales, pues separa lo que es el contenido del tratado (dimensión internacional) de lo que es el texto de su aprobación (dimensión nacional). Establece además que el control de constitucionalidad *a priori* es facultativo

---

[8] Ibídem.

[9] Auto supremo n.º 200102, Sala Plena 1-027, Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia.

[10] Véase asunto *Asamblea Constituyente*, auto constitucional n.º 310/2004-CA, de 1 de junio de 2004.

[11] Insistimos en que el TC reafirmó este doble carácter de los tratados, puesto que fue la CSJ la que se pronunció inicialmente con esta posición en el caso *Grajales*.

para los poderes que los negocian y suscriben, y de forma concreta del presidente del Congreso Nacional, conforme el artículo 113 de la Ley del TC.

Otro aspecto que se debe hacer notar es que el TC realizó el análisis indicado con base en el principio *pacta sunt servanda* y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, el cual señala: "Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado". Sin embargo, es importante indicar que Bolivia no forma parte de la Convención de Viena señalada, por lo que mal pudo el TC fundar su sentencia en una norma que no es vinculante para Bolivia, aunque sí podría hacer referencia a ella como doctrina,[12] resaltando la salvedad de que esa convención es base doctrinal del tribunal por constituir doctrina emergente de la legislación comparada internacional.[13]

Finalmente, debemos indicar que el TC resolvió el caso utilizando el carácter bidimensional de los tratados, al indicar que éstos están sometidos facultativamente al control de constitucionalidad de forma *a priori* a su aprobación congresal, y *a posteriori* sólo en relación con las leyes de ratificación, dejando como única vía de *resguardo* constitucional *ex post* la denuncia del tratado.

3. Las decisiones en el marco del sistema comunitario andino

Se encuentran reguladas de forma general por los artículos 2 y 3 del TCTJCA. Su característica principal es que son normas de aplicación directa y efecto inmediato a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Acuerdo (GOA)*.

El artículo 2 del TCTJCA señala: "Las decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión", y el artículo 3 de la misma norma indica:

> Las decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior […] Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán la incorporación al Derecho Interno, mediante acto expreso[14] en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

A diferencia de las directivas y de los reglamentos de la UE, las decisiones no tienen una estructura formal definida, es decir que pueden ser normas completas o *self executing* (es decir, que no requieran desarrollo o complementación normativa) o

---

[12] Garrón Bozo: o. cit; p. 29.

[13] Asunto asunto *Wistupiku contra Wistus*, cit.

[14] El acto expreso al cual se hace referencia significa más propiamente la inclusión de una cláusula de interconexión, es decir, hacer referencia a la norma de la cual se trae el cauce.

bien normas incompletas (que requieren desarrollo normativo). Asimismo, dentro de una misma decisión pueden existir preceptos que requieran desarrollo normativo, lo cual deberá establecerse dentro de la propia decisión. Asimismo, podrá haber preceptos completos que establezcan derechos y obligaciones para los particulares, sin necesidad de desarrollo normativo o complementación legislativa.

La razón de ser de estas características de las Decisiones esta en que se necesita de un instrumento legal que tenga la suficiente fuerza vinculante que permita *unificar* las legislaciones de los Estados miembros pro-comunitariamente (pro-communitate), por lo que deja sólo a los Estados miembros la mera administración de estas normas, impidiendo que éstos puedan modificar las mismas a través de la vía administrativa.

Estas características hacen que las decisiones se asemejen a los reglamentos y, a su vez, a las directivas de la Unión Europea, por lo que se debe tener presente la experiencia europea tanto en la interpretación como en la modulación de las características operativas de estas normas, a fin de comprender cabalmente el alcance del derecho comunitario dentro de los Estados miembros de la CAN.

A diferencia de los reglamentos de la UE, en el caso de las decisiones está permitida la posibilidad de que se las interiorice en los Estados miembros a través de disposiciones internas objeto de una publicación adecuada; pese a esto, las normas nacionales que traspongan o interioricen una decisión son consideradas a la luz del derecho comunitario como normas comunitarias.[15]

Debe hacerse notar que, a la luz del caso *Volvo*, sólo las normas nacionales que traspongan o interioricen una norma comunitaria serán consideradas por el TJCA como norma comunitaria. Ésta fue una solución que brindó el TJCA a las múltiples interiorizaciones que se presentan en los Estados miembros de la CAN respecto de las decisiones que se emiten,[16] a efectos de que este "nuevo" derecho sea cumplido con mayor efectividad por los operadores de justicia, tratando de menguar de cierta forma los peligros que el TJCE había advertido para el caso de que se interiorizaran los reglamentos en la UE.[17]

---

[15] TJCA, caso *Volvo*, I-IP-87.

[16] El Gobierno boliviano aprobó y ratificó la decisión 344 de la Comunidad Andina, referida al *Régimen común sobre propiedad industrial*, a través del decreto supremo n.º 24 038, de fecha 27 de junio de 1995.

[17] TJCE, asunto *Comisión contra Italia* (1973): "Está prohibida cualquier medida de interiorización formal de los reglamentos, porque —conforme a la sentencia señalada— esto puede generar equívocos, en:

"– Lo relativo a la naturaleza jurídica de las disposiciones aplicables (no se sabe si es comunitaria o nacional).

"– La ubicación de la regulación en cuanto al sistema general de fuentes, ya que se podría generar una posible distorsión del Juez nacional, que pueda considerar a la misma como norma interna y no comunitaria.

"– En cuanto al momento de entrada en vigor de la norma, ya que también se publicará en el Boletín Oficial Interno.

Téngase presente, por otra parte, que las normas nacionales derivadas de normas comunitarias mantienen su carácter nacional, por lo que son susceptibles de que se apliquen sobre ellas los controles de constitucionalidad previstos por las legislaciones nacionales, así como el control de comunitariedad —*a través de la cuestión prejudicial de interpretación*— previsto en la legislación andina.

En cuanto a la aplicación directa, ésta implica que la decisión no requiere una norma de recepción nacional para su aplicación en los Estados miembros; una vez que se publica en la *GOA*, la decisión entrará en vigencia en todos los Estados miembros, salvo que la propia decisión establezca otra cosa.

Además del principio de aplicación directa, las decisiones de la CAN gozan de primacía sobre la norma nacional, es decir que, en caso de contradicción entre una norma nacional y una comunitaria, debe inaplicarse la norma nacional.

Ahora bien, el hecho de que una norma nacional sea inaplicada no hace desaparecer la obligación del Estado de expulsarla del ordenamiento jurídico nacional, a través de la vía formal.

El efecto inmediato significará que una decisión pueda establecer derechos y obligaciones para los particulares, que los tribunales estarán obligados a proteger en virtud del principio de tutela judicial efectiva.

Como se ha indicado, las decisiones pueden ser desarrolladas y ejecutadas (si así lo permite la propia decisión) por los Estados miembros; por ello mismo, estas normas también son susceptibles de ser afectadas por situaciones patológicas, las cuales se podrían generar como consecuencia de incumplir la obligación de desarrollar o ejecutar una decisión y/o por su desarrollo o ejecución errónea.

Para estos casos patológicos se deberá aplicar la misma solución planteada por el TJCE, llamada *eficacia aplicativa*, que se traduce en la posibilidad de solicitar la aplicación directa de una decisión en el plano interno cuando ésta no fue desarrollada o ejecutada dentro del plazo estipulado por ella, o cuando fue desarrollada o ejecutada en forma incorrecta.

La posibilidad de plantear la eficacia aplicativa de las decisiones de la CAN también trae aparejado el hecho de que los afectados puedan interponer un recurso por incumplimiento en contra del Estado miembro infractor.

En la UE se ha previsto que, para que una directiva pueda ser susceptible de eficacia aplicativa, deberá ser clara, precisa e incondicional. En este sentido, considerando la postura del TJCA en cuanto a la experiencia europea como medio de

---

”– La competencia del TJCE en cuanto a su competencia para pronunciarse sobre la validez o interpretación del reglamento comunitario, sometido en virtud del mecanismo de cuestión prejudicial a la suprema interpretación que el TJCE ostenta (artículo 234 TCE, antiguo 177)

”Asimismo, se prohíbe la interiorización material de los reglamentos, ya que existe el riesgo de que los EEMM, más allá de una mera reproducción, tiendan a intentar modificar el alcance de los mismos a través de la norma interna de recepción —Asuntos Bollmann 40/69 (1970) y Krohn 74/69 (1970)”.

interpretación, y teniendo en cuenta las características comunes de las directivas y de los reglamentos con las decisiones, es factible considerar que estas mismas características deben concurrir en una decisión a efectos de que se pueda plantear la *eficacia aplicativa*.

Tanto en la CAN como en la UE, la *eficacia aplicativa* debe ser concedida sólo en efecto vertical ascendente, es decir que sólo la podrían solicitar los particulares afectados en contra del Estado infractor, ya que lo contrario (es decir, en efecto vertical descendente) implicaría que un Estado infractor que incumple su obligación de ejecutar una decisión en el plazo estipulado, o procede con la ejecución pero de forma incorrecta, quedaría facultado de exigir su cumplimiento a los particulares. Esto a todas luces no es permitido.

Asimismo, la eficacia aplicativa no podría ser concedida en efecto horizontal; es decir, un particular no podría exigir la *eficacia aplicativa* de una decisión en contra de otro particular.

4. Interiorización de las decisiones en los Estados miembros

La eficacia aplicativa de las decisiones por una falta o incorrecta interiorización de los Estados miembros no hace desaparecer la ineludible obligación de éstos de corregir cuanto antes tal situación anómala; caso contrario, son susceptibles de que se interponga en su contra un recurso por incumplimiento. Esta interiorización no es necesaria si los Estados miembros tienen legislación nacional acorde con la decisión comunitaria.

En los casos en que se procede a una interiorización en los Estados miembros de la CAN, al igual que en la UE, se ha hecho práctica incluir en la norma de interiorización una *cláusula de interconexión*.[18]

Esta interiorización debe ser realizada mediante normas de naturaleza vinculante, que permitan la ejecución y el cumplimiento de los fines de la normativa comunitaria, por lo que quedarían excluidos los *instructivos administrativos* u otras prácticas de la administración pública, como son las resoluciones administrativas, los comunicados, circulares, etcétera, que además no gozan de la publicidad adecuada.[19]

En cuanto a la publicación de las decisiones, existen muchas razones para determinar que la aplicación directa no requiere mayormente de una interiorización de la

---

[18] Gobierno de la República de Bolivia, decreto supremo n.º 24 039, 27 de junio de 1995, *Gaceta Oficial de Bolivia* n.º 1885, La Paz.

[19] En Bolivia, el Servicio Nacional de Propiedad Industrial ha ejecutado y desarrollado la decisión 486 a través de *resoluciones administrativas* e *instructivos administrativos*, en todo lo concerniente a infracciones marcarias; tal es el caso de la resolución administrativa n.º 031, de fecha 10 de diciembre de 2003, y los instructivos administrativos n.º 001/03 y 001/05, "sobre denuncias de infracciones y/o violaciones a los derechos de propiedad industrial".

normativa por los Estados a través de ley interna o de la inclusión de una cláusula de interconexión. Pese a ello, el TJCA ha determinado:

> […] en el caso de que la norma comunitaria, objeto de la consulta, haya sido adoptada como norma interna en el País Miembro de donde proviene dicha consulta, no por ello pierde su competencia el Tribunal Comunitario, ya que la norma continúa perteneciendo al ordenamiento jurídico del Acuerdo, sin perjuicio de que también sea norma nacional.[20]

La razón principal encuentra sus fundamentos en el hecho de que la norma comunitaria no puede perder el carácter de tal; es decir, que quienes apliquen o quienes acudan a su protección deben tener conocimiento de que se trata de una norma comunitaria y no de una nacional. Esto obedece, en primera lugar, al carácter supranacional; en segundo lugar, a la jurisdicción que se debe aplicar y los mecanismos habilitados para hacer valer los derechos subjetivos concedidos a través de la norma comunitaria; y, finalmente, al tiempo de ejecución y vigencia de la norma.

Si se permitiera la interposición, la incorporación, la aprobación o la trascripción de las normas comunitarias a través de norma interna, la población y los operadores de justicia entrarían en una dificultad al determinar el momento en el que la norma adquirió vigencia y, por lo tanto, si puede ser o no aplicable a un caso concreto, o, en su caso, exigir que todas las decisiones sean aprobadas por la vía legislativa o mediante decreto supremo. En la UE, el TJCE ha indicado en la sentencia *Comisión contra Italia*, de 28 de marzo de 1985 (272/83), que existe la posibilidad de que se permita la interposición de los reglamentos cuando se persiga una mayor coherencia de la norma y una mejor comprensión de las leyes regionales.

Pese lo indicado, existe la posibilidad de que la CAN realice una habilitación expresa para el desarrollo de sus decisiones a través de *normas de ejecución*, es decir, que en el propio texto de la norma comunitaria se instruya formalmente a los Estados miembros sobre el desarrollo de la norma, admitiendo particularidades de los diferentes sistemas normativos de los Estados miembros, sin que esto implique se esté legislando sobre el fondo o se cambie el sentido, la orientación o el fin de la decisión.

En la UE se ha establecido la posibilidad de que existan también habilitaciones implícitas a favor de los Estados miembros, cuando:

> Las Instituciones Comunitarias renuncien deliberadamente a adoptar disposiciones de carácter detallado (S. Hessische Mehlindutrie de 11 de julio de 1973, 3/73); sea necesaria la intervención de los Estados miembros a fin de asegurar la mayor eficacia de la reglamentación comunitaria (S. Scheer, de 17 de diciembre de 1970, 30/70).

Las *habilitaciones implícitas* en la CAN siguen el mismo canon hermenéutico que en la UE, es decir que, éstas se dan cuando las instituciones comunitarias desisten de adoptar medidas detalladas o cuando sea necesario que los Estados miembros

---

[20] TJAC, Cuestión prejudicial de interpretación n.º 1-IP-87; caso *Volvo*, 3 de diciembre de 1987, Quito.

reglamenten la ejecución de una decisión a fin de asegurar la mayor eficacia posible en su cumplimiento.

Sea que las decisiones se reglamenten vía habilitaciones expresas o implícitas, los Estados miembros podrán establecer cuál será el instrumento mediante el que se llevará a cabo este desarrollo, siempre y cuando se dote a estas normas de la publicidad adecuada y de la fuerza jurídica vinculante necesaria para el cumplimiento de la decisión.

Se ha convertido una práctica común en la CAN el hecho cada vez más frecuente de establecer la obligación de los Estados miembros de dictar normas de ejecución de las decisiones. Esta práctica ha generado que, si bien se emiten decisiones (de aplicación directa y efecto inmediato), éstas no puedan ser cumplidas a cabalidad debido a su falta de desarrollo o incorrecto desarrollo.

En otras palabras, esta clase de decisiones obliga con el resultado a los Estados miembros, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Tienen normalmente un contenido flexible que permite que cada Estado miembro desarrolle normas propias para su ejecución, por lo que su función es armonizadora más que uniformadora.

Estas decisiones de carácter incompleto deben habilitar expresa o implícitamente a los Estados miembros, a efectos de que éstos desarrollen estas normas y para ello establezcan tanto los plazos como las obligaciones puntuales que se deberán cumplir.

El incumplimiento de estas obligaciones por los Estados miembros ha dado lugar a que en la UE las directivas puedan ser susceptibles de aplicación en el plano interno, transcurrido o vencido el plazo de ejecución previsto por ellas, o cuando, habiéndose ejecutado la norma, esta ejecución es incorrecta, siempre y cuando la directiva sea clara, precisa e incondicional.

Esta posibilidad de ejecución de las directivas en el plazo interno en los casos señalados se ha denominado *eficacia aplicativa*. Asimismo, se ha establecido a través de la sentencia *Francovich y Bonifaci*, del 19 de noviembre de 1991 (6 y 9/90) la posibilidad de que los particulares demanden a los Estados miembros por los daños y perjuicios que se les hayan ocasionado a consecuencia de la no interposición de la directiva dentro del plazo señalado o de que ésta haya sido transpuesta de forma incorrecta.

Bibliografía

ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Derecho comunitario y derechos nacionales,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

— *El juez español y el derecho comunitario,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

— *Justicia constitucional y Unión Europea,* Madrid: Aranzadi, 2005.

*Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004,*Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

GARRÓN BOZO, Rodrigo Javier: *Derecho comunitario. Principios, fuentes y sistema jurisdiccional de la CAN y de la UE*, La Paz: Cima, 2004.

— *Jerarquía de los tratados y del derecho comunitario*, La Paz: Azul, 2005.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: *Curso de derecho internacional*, Madrid, 1998.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A., y Alberto Ricardo DALLA VÍA: *Régimen constitucional de tratados*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia.

Asunto *Grajales*, auto supremo n.º 200102, Sala Plena 1-027, Corte Suprema de Justicia de la República de Bolivia, ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Sentencias del Tribunal Constitucional de la República de Bolivia.

Asunto *Tratados de protección a las inversiones* (sentencia constitucional 031/2006, de 10 de mayo de 2006), ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Asunto *Asamblea Constituyente* (auto constitucional n.º 310/2004-Ca, de 1 de junio de 2004), ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Asunto *Wistupiku contra Wistus* (sentencia constitucional n.º 43/2002, de 23 de abril de 2002), ‹http://www.poderjudicial.org.bo›.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Asunto *Volvo* (cuestión prejudicial de interpretación n.º 1-IP-87, de 3 de diciembre de 1987), ‹http://www.comunidadandina.org›.

Asunto *Secretaría General de la Comunidad Andina contra República del Ecuador* (cuestión prejudicial de interpretación n.º 51-AI-2002). ‹http://www.comunidadandina.org›.

Tratados internacionales

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (modificado por el Protocolo de Cochabamba), ‹http://www.comunidadandina.org›.

Ricardo Vigil Toledo (Perú) *

La competencia arbitral del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General de la Comunidad Andina

I

El 17 de septiembre de 1980, Irak, unilateralmente, declaró nulo el acuerdo fronterizo de 1975 que tenía celebrado con Irán, más conocido como *Acuerdo de Argel*. Mediante esta anulación Irak reclamaba la totalidad de la desembocadura del Shat el-Arab, que ocupó militarmente cinco días después. Si bien el objetivo formal era la reclamación de la totalidad de la desembocadura del Shat el-Arab, en realidad se buscaba el debilitamiento del régimen de Teherán, lo que desencadenó una feroz guerra entre ambos países que duró cerca de ocho años y que concluyó en el mes julio de 1987, cuando Irán aceptó los términos del alto el fuego de la resolución 598 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Durante todo el lapso que duró la guerra quedaron atrapados en el Shat el-Arab una gran cantidad de buques tanques petroleros. Los propietarios de la carga, por un lado, y los armadores, por otro, reclamaron a sus respectivos aseguradores la indemnización correspondiente por pérdida total constructiva o reputada —como se dice en español— de sus respectivos intereses. La cobertura de los armadores estaba incluida en una cláusula denominada *blocking and trapping*, que hasta el momento no había sido objeto de interpretación por los tribunales. Era una disputa entre los

---

* Magistrado del TJCA. Las opiniones vertidas son a título personal y no reflejan necesariamente la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. ‹vigiltoledo@msn.com›

aseguradores del casco y los aseguradores de la responsabilidad civil de los armadores frente a los aseguradores de la carga.

Todos los intereses involucrados —había mas de 30 buques detenidos— acordaron someter el asunto a la decisión de un juez de primera instancia de la High Court (Comercial Court) de Londres, el magistrado Staughton, y aceptar como final su veredicto. En dicho caso,[1] el juez Staughton actuó como un verdadero árbitro de derecho, sin renunciar a su condición de juez de Su Majestad británica. Tuvo, es verdad, que solicitar el respectivo permiso al *lord chancellor*, nombre que recibe quien ejerce las funciones de presidente del Poder Judicial en el Reino Unido, y éste, por cierto, lo concedió de inmediato.

Lo que hicieron los armadores, cargadores y aseguradores para resolver el asunto fue convertir, de facto, a la Alta Corte Comercial de Inglaterra en un verdadero tribunal arbitral, conjugando de manera admirable el talento y la independencia de la renombrada Corte Comercial del Reino Unido con el pragmatismo y la seriedad de los hombres de negocios de la City de Londres.

He traído a colación el asunto con ocasión de explorar las posibilidades que ofrece el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Secretaría general de la Comunidad Andina para resolver, por la vía arbitral, ya sea en arbitrajes de derecho o en equidad (*ex aequo et bono*), las diferencias que puedan suscitarse entre los particulares de los países miembros, ya sean permanentes o asociados, por la aplicación o interpretación "de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina", tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 38 para el caso del Tribunal y el tercer párrafo para el caso de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Esta norma, que yo recuerde, no ha sido invocada jamás en los más de 25 años de existencia del Tribunal, y el asunto viene a colación en la actualidad motivado por varios hechos recientes, entre los que hay que destacar el retiro de la República Bolivariana de Venezuela de la Comunidad Andina, el retorno de la República de Chile —miembro fundador del acuerdo subregional— y, sobre todo, la necesidad de promover y reforzar las capacidades del Tribunal de Justicia y de la Secretaría General de la Comunidad Andina, puestas al servicio de la integración y del comercio subregional. También es mi opinión que el uso de este mecanismo de solución de controversias por la comunidad comercial contribuirá a la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones.

Como es sabido, la salida intempestiva de la República Bolivariana de Venezuela del Acuerdo de Cartagena ocasionó una severa crisis, sobre todo institucional pero también financiera, toda vez que, junto con la República de Colombia y la República del Perú, era uno de los mayores contribuyentes al presupuesto tanto de la Secretaría General como del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

---

[1] *Lloyds Law Reports* [1982], vol. l, "The Bamburi", p. 312 ss.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135 del Acuerdo de Cartagena, cesaron para la República Bolivariana de Venezuela todos los derechos y obligaciones derivados de su condición de miembro, con excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, que quedarían vigentes por un plazo de cinco años a partir de la denuncia, que se materializó el 23 de agosto de 2006.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante auto 145-AI-2005 definió los efectos de la denuncia del Tratado y puntualizó los dispositivos del Acuerdo de Cartagena que seguirían vigentes, por mandato del artículo 135 del mismo Acuerdo, en la relación futura entre la República Bolivariana de Venezuela y el resto de los países de la Comunidad, y señaló al respecto:

> Que resulta evidente para este Tribunal que sin el concurso y la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 72, 73, 75, 76, 77 y 139 del Acuerdo de Cartagena resultaría imposible que se pudiera cumplir a cabalidad lo dispuesto en el artículo 135 del propio Tratado, aun cuando las diferencias y controversias que pudiesen suscitarse deberán, necesariamente, sustanciarse en otros foros distintos a los de este Tribunal y al de la Secretaría General de la Comunidad Andina, por lo que en eventuales Acuerdos de Complementación Económica u otros que al efecto celebre la República Bolivariana de Venezuela, bien con la Comunidad Andina en bloque, o bien por separado con cada uno de los Países Miembros que la componen, se incluya, entre otras, las normas de origen, cláusulas de salvaguarda y un mecanismo de Solución de Controversias;
>
> Que conforme a lo anterior, es evidente que, igualmente, desde el momento de la denuncia del Tratado cesa la condición de País justiciable por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ya que de conformidad con la normativa que regula la actividad de este Órgano, éste no tiene competencia para resolver conflictos que se susciten entre los Países Miembros y un tercero, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal. En efecto, el artículo 5 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone que "el Tribunal ejerce su jurisdicción sobre la Comunidad Andina dentro del marco de competencias establecido en el ordenamiento jurídico comunitario".

Posteriormente, la República Bolivariana de Venezuela ha confirmado estos asertos, ha ratificado que quedaría vigente el Programa de Liberación, sujeto a las limitaciones antes señaladas por el Tribunal de Justicia, y ha acordado, con los miembros restantes de la Comunidad Andina, pergeñar un mecanismo para la solución de controversias que pudieran suscitarse en la interpretación y la aplicación de los derechos y obligaciones residuales del Acuerdo de Cartagena, para que sean contenidos en un acuerdo tal como lo definió el Tribunal de Justicia.

Afortunadamente, con la salida de la República Bolivariana de Venezuela, casi simultáneamente, la República de Chile manifestó su voluntad de asociarse con la Comunidad Andina, lo que fue formalmente aceptado por el Consejo Andino de Cancilleres en sesión ampliada con los ministros de Comercio Exterior de la CAN, en la célebre sesión realizada, simbólicamente, en la sede de las Naciones Unidas el pasado

20 de setiembre. Arrojaba así una nueva luz de esperanza en la consolidación de la Comunidad Andina, pero, además, contribuía a la construcción de la tan ansiada y siempre preterida Comunidad Sudamericana de Naciones.

Cumplido el requisito del artículo 136 del Acuerdo de Cartagena y habida cuenta de que existían acuerdos de complementación económica de libre comercio entre la República de Chile y los restantes países de la Comunidad Andina, se procedió de inmediato a la constitución de un Grupo de Trabajo para proponer al Consejo de Cancilleres y a la Comisión los órganos o instituciones, los mecanismos y medidas del Acuerdo de Cartagena en que el nuevo país asociado participará, así como la normativa que aplicará en sus relaciones con el resto de los países de la Comunidad Andina, de acuerdo con lo señalado en el artículo 137 del Acuerdo de Cartagena.

Existe ahora una gran expectativa en el trabajo de este grupo y en la ulterior decisión del Consejo de Cancilleres y de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, porque tendrán una repercusión directa en la Comunidad Andina y su futuro, así como en la construcción de la Comunidad Sudamericana de Naciones.

II

En un reciente estudio sobre la *Estrategia regional de la Comunidad Andina 2006-2009*, publicado por el BID INT/ITD en agosto de 2006, se señala que parecería que la Comunidad Andina no seguiría el modelo europeo de profundización progresiva de la integración, y ello debido a que divergencias en los enfoques de política económica han impedido que se constituya una unión aduanera completa y que se elimine uno de los factores restrictivos del comercio, como lo son las reglas de origen. Se señala asimismo que la discusión sobre el arancel externo común es un elemento que ha desgastado la dinámica del proceso de integración y ha afectado la credibilidad internacional del grupo restándole capacidad de negociación frente a bloques comerciales, así como que "los países sólo aprovechan de manera esporádica el tener un sistema institucional más sofisticado del que existe en otros esquemas en la región y el contar con una secretaría técnica de calidad".

Esta importante nota de alarma, por la seriedad de la fuente de donde emana, ha puesto de manifiesto, una vez más, la falta de difusión de las bondades que ofrece el sistema andino de integración y el relativo poco uso del mecanismo de solución de controversias. Si bien es cierto que éste es imperativo para los países miembros, a diferencia del sistema de solución de controversias de la Unión Europea, permite un mayor acceso a los particulares a las competencias ordinarias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en las acciones de nulidad y de incumplimiento. Pero, además, el sistema de solución de controversias andino abre la posibilidad para que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y, en su caso, la Secretaría General de la Comunidad Andina actúen como tribunal arbitral, no sólo en las controversias que se susciten entre órganos del sistema andino de integración, sino también entre particulares

por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos privados y que se encuentren regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Esta última opción tiene muchas ventajas, y a veces pienso que el caso del juez Staughton del Reino Unido, convertido en árbitro por decisión del mercado asegurador de Londres, pasó al inconsciente colectivo de los legisladores que adoptaron el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y lo incluyeron expresamente como una de sus competencias; pero, además, con una riqueza de matiz, ya que, a diferencia del caso referido de la Alta Corte de Londres, el Tribunal y la Secretaría General tienen competencia constitucional para actuar como tribunal arbitral entre particulares y además pueden actuar como tribunal de derecho o de equidad (*ex aquo et bono*) a elección de las partes. En ambos casos el laudo será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada país miembro.

La competencia está definida y es exclusiva para las relaciones contractuales entre particulares, así como está definido que la controversia se vincule a la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos privados y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina; pero esas limitaciones no afectan el amplio espectro de las relaciones en los diversos campos regidos por dicho ordenamiento, como son, entre otros, el derecho de la propiedad intelectual, el derecho de los seguros o el transporte multimodal, que están disciplinados en sendas decisiones adoptadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena y que, en consecuencia, gozan de las características de la norma comunitaria, es decir, del efecto directo y de la primacía frente a las legislaciones nacionales heredadas del derecho comunitario europeo y proclamadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los célebres casos *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963 (causa 26/62), y *Flaminio Costa*, de 15 de julio de 1964 (causa 6/64).

He escogido esos temas pues no son, aparentemente, difíciles de armonizar, y su aplicación, en el caso de los cuatro países miembros permanentes, ha sido materia de numerosas interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que han contribuido a establecer una verdadera cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y a la aplicación uniforme de la normativa comunitaria en todo ese importante espacio. Cuando llegue la oportunidad de revisar dichas decisiones, si fuere el caso para adaptarlas a los cambios en el comercio internacional, la existencia de esas normas aplicadas de manera uniforme establecería una cohesión de facto en los países que conforman la Comunidad Andina, que no sólo implicaría una garantía jurídica para los inversores y la comunidad comercial en pleno, sino que fortalecería el poder de negociación en la revisión de instrumentos internacionales donde se ventilan sus reformas en el ámbito internacional, como son la Organización Mundial de Comercio y los foros de las Naciones Unidas (por ejemplo, la Unctad y la Uncitral).

Estos temas podrían extenderse a otros campos para que la normativa que los sustenta pueda ser ampliada a un espacio sudamericano y otorgar competencia a un

Tribunal de Justicia Sudamericano que podría funcionar —siempre y cuando la normativa sea adoptada de manera vinculante por los respectivos mecanismos de cada uno de los restantes miembros asociados de la Comunidad Andina— con los actuales magistrados del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con las funciones que ya les otorga su tratado de constitución, más aquellos que eventualmente fueran designados por los restantes países del Mercosur —que en la actualidad ostentan la calidad de asociados de la CAN.

Un tribunal arbitral así constituido sería el embrión de un futuro Tribunal de la Comunidad Sudamericana de Naciones cuando se transfieran las competencias y se creen los organismos respectivos, pero ése es ya otro tema. Por ahora habría que explorar si es posible contar con una normativa común, por lo menos en materias seleccionadas como las sugeridas, y otorgar facultades al tribunal que se constituya, con los miembros permanentes y los asociados, como tribunal arbitral —en derecho o en equidad— y con capacidad para emitir interpretaciones prejudiciales —vinculantes— cuando los tribunales nacionales de cada uno de esos países tengan que aplicar en los procedimientos que se ventilan en sus respectivos fueros la normativa en estos dos importantes temas.

III

El ingreso de Chile en este panorama ofrece interesantes posibilidades en la medida en que acuerde participar, aunque de manera restringida, en los mecanismos de solución de controversias previstos en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de los límites acordes con la extensión con que este último país quisiera participar como miembro asociado. Uno de ellos es, ciertamente, la normativa que se aplicará en sus relaciones con los demás países miembros. Para ello una alternativa interesante sería que participara, aunque con algunas limitaciones, en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

No habría inconveniente legal para que accediera a dicho órgano comunitario, y en la decisión que lo aceptase como tal se establecerían las condiciones de su participación. En tal circunstancia el número de magistrados del Tribunal podría quedar ampliado, con la concurrencia de un magistrado designado por la República de Chile, en aquellos asuntos en que su país resultara justiciable con relación al Tratado de Libre Comercio que surge del Acuerdo de Complementación Económica y, eventualmente, en la absolución de interpretaciones prejudiciales o *consultas prejudiciales* en la aplicación de normativa comunitaria que haya sido adoptada por el nuevo país asociado.

Esta participación podría implementarse mediante la incorporación de un conjuez designado por la República de Chile para que integre el Tribunal en aquellas causas en que sea justiciable dicho país. En tal caso el Tribunal, constituido por los cuatro magistrados permanentes más el magistrado ad-hoc designado por la República

de Chile, podría abocarse al conocimiento de una causa suscitada bien por los países miembros permanentes o bien por particulares en la jurisdicción ordinaria del Tribunal, de acuerdo con las reglas generales de la acción de incumplimiento, o en la jurisdicción arbitral, en derecho o equidad, exclusivamente para particulares, en contratos de carácter privado sujetos a la normativa comunitaria.

Resulta obvio que al magistrado ad hoc designado por la República de Chile o, en su caso, por cualquier otro país asociado, no le sería de aplicación el segundo párrafo del artículo 6 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la parte que exige "dedicación exclusiva" al cargo, ya que este extremo es sólo de aplicación para el caso de los magistrados de los países miembros permanentes, mas no así para los países miembros asociados, cuya participación en el Tribunal es esporádica y sólo cuando esté referida a una acción entre el país miembro asociado y cualquiera de los países miembros permanentes.

El ingreso en el Tribunal de Justicia de un quinto magistrado —que en lo sucesivo podría ampliarse con otros países asociados— ayudaría además a resolver los casos en que resulte empate o discordia en las causas que actualmente se ventilan con la sola concurrencia de los cuatro magistrados de los países miembros permanentes.

Posteriormente se podría incorporar a este magistrado para que interviniera en los procedimientos de interpretación prejudicial cuando la materia controvertida se refiera a la aplicación de una normativa comunitaria a la cual haya querido adherirse el país miembro asociado, como sucede en el campo de la propiedad intelectual y el transporte multimodal, a los que me he referido y que resultan aparentes para esta convergencia que bien podría extenderse al resto de los países asociados a la Comunidad Andina.

Así, el regreso de la República de Chile al Acuerdo Subregional Andino no sólo fortalecería el proceso, sino que ayudaría a resolver la *impasse* que se produciría en casos de empate o discordias en las causas que se ventilan actualmente en el Tribunal. Además, sentaría las bases para la ampliación del Tribunal, a fin de convertirlo, eventualmente, en un Tribunal de Justicia de la Comunidad Sudamericana de Naciones, sin renunciar a las tareas y competencias obligatorias que le acuerdan sus normas constitucionales: el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

IV

Con la implementación de la competencia arbitral, tanto del Tribunal de Justicia como de la Secretaría General de la Comunidad Andina, se ampliaría el acceso de los particulares a la justicia comunitaria —que es ya bastante liberal y generosa, a diferencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas—, al permitir la solución de conflictos por vía arbitral utilizando directamente el Tribunal o, en casos de arbitrajes de equidad, la propia Secretaría General de la Comunidad Andina, cuando se trate

de la interpretación o aplicación de una norma comunitaria. Tendrían así los particulares —en estos casos— una alternativa: a) en la jurisdicción ordinaria, mediante la acción ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales, en su oportunidad, tendrían que efectuar un reenvío al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para que efectúe la consulta prejudicial respecto de la norma comunitaria en la que se sustenta su acción, y b) directamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como tribunal arbitral. En este último caso podría emitir su laudo en derecho o en equidad, y en ambos casos aquél será obligatorio, inapelable y constituirá título suficiente para solicitar su ejecución de acuerdo con las normas internas del país miembro respectivo.

Voy a referirme para ilustrar esta posibilidad a un caso que se resolvió en primera instancia en el 34 Juzgado Civil del Circuito de Bogotá D. C., que involucraba a una empresa de transporte terrestre denominada Expreso Internacional Ormeño S. A. con la Previsora S. A., compañía de seguros.[2]

La empresa demandante, Expreso Internacional Ormeño, era propietaria del vehículo ómnibus de servicio público internacional marca Volvo de placa de rodaje UO3482, y el 30 de agosto de 2000, en su ruta de transporte por carretera, debidamente habilitado por el Ministerio de Transporte colombiano, se trasladaba de la ciudad de caracas (Venezuela) a la ciudad de Lima, cuando fue interceptado por un grupo de hombres armados que decían pertenecer al Ejército de Liberación Nacional de Colombia (ELN). Los asaltantes hicieron bajar a los ocupantes del ómnibus, rociaron de gasolina el vehículo y le prendieron fuego, con lo que causaron su destrucción total. Los hechos fueron denunciados ante el cuerpo técnico de investigación de la Fiscalía del municipio de Piéndamo, que era la jurisdicción que correspondía para sentar la denuncia y el reclamo.

El Gobierno de la República de Colombia, para atender las reclamaciones e indemnizaciones por actos terroristas en las carreteras colombianas, había tomado, a través del Ministerio de Hacienda, una póliza de seguros de automóviles, a fin de cubrir los daños causados por acciones de grupos terroristas o subversivos causados en vehículos dentro del territorio de la República de Colombia. El representante del transportista formalizó la denuncia y dio aviso al asegurador, a través de su corredor, la sociedad Promoseguros Ltda. El asegurador, Previsora S. A., rechazó el reclamo alegando que el vehículo siniestrado no tenía el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT). El asegurado replicó alegando que el vehículo siniestrado estaba asegurado por la compañía de seguros El Pacífico, mediante la póliza andina de responsabilidad civil de automóviles, que cubre los perjuicios por daños materiales y/o personales ocasionados a terceros y cuenta con coberturas mas amplias que las exigidas por el SOAT, de acuerdo con lo dispuesto en la decisión 290 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

---

[2] Sentencia del 18 de mayo del 2005 recaída en el proceso 16-IP-2005, a partir de la solicitud presentada por el 34 Juzgado Civil del Circuito de Bogotá. Actor: Expreso Internacional Ormeño.

El demandante acudió al 34 Juzgado Civil del Circuito de Bogotá D. C. demandando la indemnización correspondiente y el juez remitió el asunto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para recabar la correspondiente consulta prejudicial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sobre el alcance y la interpretación de los artículos 1, 2 y 3 de la decisión 290 y de los artículos 2, 3, 4, 5, primer párrafo, 21, 22, 32, 50, literal *d*, y 51, literal *d*, de la decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

El Tribunal, en la absolución de la consulta, se refirió, entre otros, a la supremacía del ordenamiento jurídico comunitario sobre las normas de derecho interno, a la póliza andina de seguro de responsabilidad civil y a los principios fundamentales y del ámbito de aplicación del transporte internacional de pasajeros por carretera, y concluyó que, por una parte, "las Decisiones 290 y 398 prevalecen sobre toda regulación nacional anterior o posterior a ella, en cuanto resulte incompatible con dichas Decisiones, conforme a los principios de aplicación inmediata y primacía de la norma comunitaria" y, por otra, que "la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil deberá ser emitida por una empresa aseguradora establecida en cualquiera de los Países Miembros […] Los Países Miembros no pueden exigir seguro adicional que cubra los riesgos previstos en la Póliza Andina de Seguro de Responsabilidad Civil, ya que al estar amparado por una norma de Derecho Comunitario tiene prevalencia frente a cualquier otro requerimiento de orden interno de los Países Miembros".

He citado el caso para ilustrar la alternativa que ofrece el foro arbitral del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Aquí se trataba de un reclamo entre particulares, por un contrato privado de seguros donde era de aplicación una normativa comunitaria. El asegurado optó por recurrir al juez de primera instancia y éste tuvo el buen tino de enviar una consulta prejudicial que, en su caso, era sólo facultativa, ya que la consulta obligatoria es para aquellos jueces de instancia única o de última instancia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 132 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Así, el sistema andino de integración en la solución de controversias resulta más favorable y liberal que su contraparte europea, toda vez que los particulares tienen acceso directo a las acciones de nulidad cuando los asista un legítimo interés, requisito que el Tribunal ha interpretado de manera liberal, y en las de incumplimiento, cuando vean afectados sus derechos subjetivos. Además, pueden someter sus diferencias, siempre y cuando se traten entre particulares, con ocasión de contratos de carácter privado cuya materia esté regida por el derecho comunitario.

VI

Lo que no puede hacerse es someter a ningún tribunal arbitral —ni aun al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su competencia arbitral— controversias entre países miembros que surjan con motivo de la aplicación de normas que conforman

el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, tal como lo dispone, de manera tajante, el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Esta provisión, inspirada en un dispositivo semejante del que rige para la Unión Europea, confirma así el monopolio de la solución de controversias por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al menos para las controversias de los países miembros entre sí y las de los organismos del Sistema Andino de Integración entre sí y con los países miembros; pero deja 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 en el Mercosur, 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 mas profunda. Existía entonces y persiste dicho ideal, el mismo que está plasmado en el preámbulo del propio Acuerdo de Cartagena —carta fundamental y verdadera constitución del Sistema Andino de Integración— con esta bella invocación que es 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".

Un incumplimiento del ordenamiento jurídico por cualquiera de los países miembros es un hecho grave que atenta contra el proceso mismo de la integración y es por lo tanto un agravio hecho a todos los países miembros, que automáticamente se convierten en partes agraviadas en una acción de incumplimiento. En caso de desacato de la sentencia del Tribunal, todos los países miembros pueden imponer sanciones al país remiso. Este aspecto en la solución de controversias entre los países miembros va a la raíz, a la esencia misma del proceso de integración que los países miembros libremente decidieron adoptar.

Esto no es óbice, sin embargo, para los procedimientos que pudieran suscitarse entre los países miembros entre sí y los de los organismos del Sistema Andino de Integración, que se ventilan, en la fase precontenciosa de investigación, ante la Secretaría General, y que eventualmente llevarían a la emisión de un dictamen de incumplimiento. Si bien ésta constituye una opinión sólida, no es, sin embargo, vinculante, ya que, en palabras del Tribunal de Justicia:

> […] resulta claro para el Tribunal de Justixcia de la Comunidad Andina que los dictámenes emitidos por la Secretaría General no son susceptibles de acciones de nulidad tendiente a que el juez comunitario defina acerca de su legalidad, toda vez que tanto por su naturaleza como por los objetivos que persigue dicho instituto

> jurídico, deben ser apreciados por la instancia judicial únicamente dentro del correspondiente juicio derivado de la acción de incumplimiento que ante ella se ventile. El País Miembro afectado por el dictamen de incumplimiento, o en su caso el particular interesado, tienen siempre la oportunidad procesal de discutir, cuestionar y oponerse al dictamen de incumplimiento emitido por la Secretaría General, alegando ante el Tribunal dentro del proceso que se adelante con ocasión de la acción de incumplimiento tanto inconformidades por razones de forma como por motivos materiales o de fondo. Igualmente es obligación del Tribunal cuando quiera que deba apreciar un dictamen de incumplimiento realizar, con base en las reglas de la sana crítica y de los poderes del juez, un análisis profundo del mismo, para determinar si lo acoge o lo desestima.[3]

Sin embargo, ni el Tribunal 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 inicio de la investigación.

---

[3] Sentencia del 2 de febrero de 2000, recaída en el proceso 24-AN-99, en la acción de nulidad interpuesta por la compañía New Yorker, S. A., en contra de las resoluciones n.os 171 y 210, del 17 de diciembre de 1998 y del 31 de marzo de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

VI. Derecho internacional público

- *Héctor Gros Espiell (Uruguay)*
  Una reflexión sobre el diferendo argentino-uruguayo
  por la construcción en territorio uruguayo de dos papeleras
  sobre el río Uruguay

- *Susana Mosquera Monelos (España)*
  Mecanismos jurídicos de participación de la sociedad civil
  ante los organismos internacionales

Héctor Gros Espiell (Uruguay) *

Una reflexión sobre el diferendo argentino-uruguayo por la construcción en territorio uruguayo de dos papeleras sobre el río Uruguay

"Négocier continuellement est tout à fait nécessaire au bien des États"
(Richelieu)

I

1. Como es sabido, está a consideración de la Corte Internacional de Justicia un caso sobre la construcción de dos plantas de celulosa en territorio uruguayo, sobre la margen del río Uruguay.

En este caso, iniciado como consecuencia de una demanda de la República Argentina, se han pedido, también por la Argentina, medidas conservatorias provisionales o cautelares, que el 13 de julio de 2006 fueron denegadas por la Corte; en especial, la suspensión de las obras de construcción de las obras hasta el fallo sobre el fondo que, en su momento, deberá dictar la Corte Internacional de Justicia.

2. Tengo el honor de ser el agente del Uruguay en este caso. Ello me inhibe de entrar, en un artículo doctrinario escrito durante el proceso, en el debate actualmente en curso ante la Corte, situación que continuará hasta que se dicte la sentencia final.

No puedo ni debo entrar a la exposición, al análisis, al elogio o la crítica de los argumentos presentados por las partes durante el proceso, ni presumir las posiciones que la Corte podrá adoptar en la sentencia final. No debo tampoco expresar opiniones

---

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Miembro del Institut de Droit International. Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje. Ex ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay. ‹ius@netgate.com.uy›.

o críticas que agraven el diferendo o que afecten las relaciones fraternales que deben existir siempre entre los pueblos del Uruguay y de la Argentina.

Pero nada me impide reflexionar sobre el diferendo en el marco de su consideración por el derecho internacional, sobre sus consecuencias y su incidencia en las relaciones entre los dos hermanos países rioplatenses y en los procesos de integración regional, en especial del Mercosur.

3. El objeto del diferendo es la cuestión generada por la construcción de dos plantas para la producción de celulosa (*usines de pâte à papier*) en territorio uruguayo, sobre la costa del río Uruguay. La construcción de estas dos fábricas, resultado de inversiones de empresas española (Ence) y finlandesa (Botnia), fue, en su momento, autorizada por el Gobierno uruguayo, luego de un trámite interno que el Uruguay ha estimado revestido de todas las garantías para el medio ambiente y, en especial, para la protección de las aguas del río. La actividad industrial de estas dos fábricas, luego de finalizada la construcción, estará estrictamente vigilada y controlada. El Uruguay, además, ha ofrecido un monitoreo bilateral permanente y estríctisimo para garantizar un control eficaz, en el que la Argentina tendría una participación tan importante como la uruguaya.

Las fábricas deberán ajustarse a las exigencias de la directiva europea que entrará en vigencia en el año 2007, y en su construcción y operación deberán incluir el más alto grado de modernidad y avance tecnológico, para impedir o reducir al mínimo, según se afirma por el gobierno uruguayo, todo efecto negativo de carácter contaminante sobre las aguas del río.[1]

Pero si éste es el fondo del asunto y en el distinto criterio de apreciación de estos extremos radica el núcleo del diferendo, el objeto de la demanda presentada por Argentina ante la Corte Internacional de Justicia parece ser más concreto y reducido.

En la *requête introductive d'instance* presentada al *greffier* de la Corte el 4 de mayo de 2006 por la República Argentina, bajo el título "Objet du differend", se dice en el capítulo I, párrafo 2:

---

[1] Sobre este tema existen informes técnicos no coincidentes de expertos de los dos países y de universitarios latinoamericanos. Sería muy larga la enumeración de todos los documentos dirigidos a sostener los puntos de vista opuestos. Una visión negativa, que afirma el peligro de contaminación de las aguas del río Uruguay, se encuentra en un informe de algunos profesores de la Facultad de Ciencias de la Universidad de la República (Uruguay), publicado en el semanario *Búsqueda*, de Montevideo, el 3 de julio de 2006. El criterio contrario, que niega esos eventuales y discutibles efectos negativos, se halla en el informe de treinta y seis profesores de la misma Facultad de Ciencias, fechado el 6 de julio de 2006, y en el informe de la Academia de Ingeniería de la República Argentina, de fecha 12 de junio de 2006. En igual sentido hay que citar el documento firmado por diecisiete rectores de las universidades públicas del Grupo de Montevideo, de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, publicado en el periódico *La República*, de Montevideo, el 4 de julio de 2006.

> Le différend porte sur la violation par l'Uruguay des obligations qui découlent du Statut de fleuve Uruguay, traité signé par l'Argentine et l'Uruguay à Salto (Uruguay) le 26 février 1975 et entré en vigueur le 18 septembre 1976 (ci-après le "Statut de 1975") au sujet de l'autorisation de construction, la construction et l'éventuelle mise en service de deux usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay, Ceci, tout en prenant particulièrement compte des effets des dites activités sur la qualité des eaux du fleuve Uruguay et sa zone d'influence.

Y en el capítulo V de dicha *requête*, titulado "Décision demandé", la República Argentina expresa:

> Sur la base de l'exposé des faits et des mohines juridiques qui précèdent, l'Argentine, tout en se réservant le droit de compléter, demander ou de modifier la présente requête la suite de la procédure, prie la Cour de dire et juger:
>
> 1) Que l 'Uruguay a manqué aux obligations lui incombant en vertu du Statut de 1975 et des autres règles de droit international auxquelles ce Statut renvoie, y compris mai pas exclusivement:
>
> a) l'obligation de prendre toute mesure nécessaire a l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve Uruguay:
>
> b) l'obligation d'informer préalablement la CARU et l'Argentine;
>
> c) l'obligation de se conformer aux procédures prévues par le chapitre II du Statut de 1975;
>
> d) l'obligation de prendre toutes mesures nécessaires pour préserver le milieu aquatique et d'empêcher la pollution et l'obligation de protéger la biodiversité et les pêcheries, y compris l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement complète et objective;
>
> e) les obligations de coopération en matière de prévention de la pollution et de la protection de la biodiversité et des pêcheries, et
>
> 2) Que, par son comportement, l'Uruguay a engagé sa responsabilité internationale à l'égard de l'Argentine;
>
> 3) Que l'Uruguay est tenu de cesser son comportement illicite et de respecter scrupuleusement à l'avenir les obligations lui incombant; et
>
> 4) Que l'Uruguay est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le non-respect des obligations lui incombant.
>
> L'Argentine se réserve le droit de préciser ou modifier les présentes demandes dans une étape ultérieure de la procédure.

II

4. Comenzaré por recordar que, como ha afirmado la Asamblea General de las Naciones Unidas: "[…] el recurso a un reglamento judicial de los diferendos jurídicos, en especial la remisión a la Corte Internacional de Justicia, no debe ser considerado como un acto inamistoso entre los Estados".[2]

---

[2] Resolución 3232 (XXIX), del 12 de noviembre de 1974, párrafo 6, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Estos conceptos son particularmente aplicables a este caso. Los estrechos lazos geográficos, históricos, económicos, sociales y culturales entre la Argentina y el Uruguay, la afinidad y la solidaria relación fraterna entre los pueblos argentino y uruguayo, no podrán verse afectados por el diferendo, grave pero coyuntural.

Su solución, por el contrario, deberá abrir el camino de una más estrecha colaboración, en función de un ineludible destino común que es preciso alentar y promover.

III

5. En este caso, junto con la demanda inicial, se planteó y se pidió a la Corte Internacional de Justicia, por la República Argentina, la adopción de medidas conservatorias o provisionales.[3] Estas medidas pueden tomarse por la Corte "para resguardar los derechos de cada una de las partes".

---

[3] Las medidas conservatorias están previstas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 41) y en el Reglamento de la Corte (artículos 73-78). El texto en inglés las denomina *provisional measures*, el francés las llama *mesures conservatoires*, y el español, *medidas provisionales*. Véase Héctor Gros Espiell: "Medidas provisionales y competencia en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 4, Montevideo, 1984. Silvina S. González Napolitano: "Las medias provisionales en derecho internacional ante las cortes y tribunales internacionales", en *La Ley*, Buenos Aires, 2004; Sh. Rosenne: *Provisional Measures in International Law. The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

Sobre las medidas provisionales en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pueden consultarse los cuatro volúmenes publicados por la Corte Interamericana (1996, 2000, 2001 y 2003), que reúnen la copiosa jurisprudencia de la Corte al respecto. En la doctrina se puede citar: J. M. Pasqualucci: "Medidas provisionales en la Corte Internacional de Derechos Humanos: una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 19, San José, Costa Rica, enero-junio de 1994, pp. 47-112; Asdrúbal Aguiar Aranguren: *Apuntes sobre las medidas cautelares en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y Rafael Nieto Navia: "Las medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Teoría y praxis", así como los estudios publicados en la obra *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, editada por Rafael Nieto Navia, San José (Costa Rica), 1994, pp. 19-31 y 369-398, respectivamente. Asimismo, Héctor Gros Espiell: *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago: Jurídica de Chile, 1991, pp. 184 ss., y Héctor Fix Zamudio: "Los organismos jurisdiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias", en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, Bruselas: Bruylant, 1997, t. I, pp. 357 ss.; Juan Carlos Hitters: *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, pp. 482-485, Buenos Aires: Ediar, 1991.

Sobre las medidas provisionales en la Corte Centroamericana de Justicia: Orlando Guerrero Mayorga: "Las medias cautelares dictadas por la Corte Centroamericana de Justicia en el marco de la controversia entre Nicaragua y Honduras por la ratificación del Tratado Ramírez-López y la aplicación de la ley 325 como contramedida", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, t. I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 719-727.

Por último, es preciso hacer referencia al excelente prólogo al volumen 1 de la obra publicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, escrito por el gran procesalista mexicano Héctor Fix Zamudio, que no resisto, por su pertinencia, la tentación de transcribir: "Las medidas o providencias

La Argentina solicitó las medidas, pero el Uruguay se opuso a la adopción de esas medidas pedidas por entender que no había ningún derecho que pudiera ser afectado de una manera grave, irreversible o irreparable e inminente por la construcción, actualmente en curso, de las dos usinas de celulosa.

Estos pedidos de las medidas provisionales tienen un trámite urgente. Sólo después que la Corte toma, por una ordenanza, una decisión sobre la cuestión de las medidas provisionales solicitadas, entrará al fondo del asunto, luego de considerar, si las hay, las excepciones provisionales (artículo 79), y se sigue el trámite procesal previsto en su Reglamento (artículos 38-72).

Las medidas provisionales pueden pedirse en cualquier etapa de los procedimientos, de acuerdo con lo establecido con el artículo 73 del Reglamento de la Corte. Nada impide que otras medidas pudieran solicitarse en una ocasión procesal posterior a la primera vez que se impetraron. Para ello deberán invocarse razones fundadas en hechos nuevos que puedan justificar la medida pedida.

Las medias provisionales pueden, asimismo, ser dispuestas de oficio por la Corte Internacional de Justicia (artículo 75 del Reglamento).

Estas medidas han tomado creciente actualidad e importancia en los últimos años de la actuación de la Corte Internacional de Justicia.[4]

La decisión de la Corte sobre las medidas cautelares es obligatoria para las partes. Desde 2001 (sentencia del 27 de junio de 2001 en el caso *La Grand, Allemagne c/ États Unis d'Amérique*),[5] la Jurisprudencia de la Corte Internacional de

---

cautelares o precautorias son indispensables no sólo en los procesos propiamente dichos, sino inclusive en procedimientos en los cuales se discuten los derechos o intereses legítimos de las personas, ya que es necesario establecer la situación que debe prevalecer durante el trámite para evitar que se consumen de manera irreparable las violaciones a dichos derechos e intereses, o bien que pueda quedar sin materia la sentencia o resolución que se pronuncie en cuanto al fondo. En la clásica obra del ilustre procesalista italiano, Piero Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares (traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945), se puso de relieve que deben considerarse como tales la anticipación provisoria de ciertos efectos de la resolución definitiva, encaminados a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma, ya que sin la aplicación de este instrumento, el resultado final del proceso, es decir, la sentencia, carecería de eficacia, o la misma sería muy reducida. Esta institución procesal, que se desarrolló ampliamente en el ámbito del derecho interno, trascendió a la esfera internacional y por este motivo se consagró en el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el que se ha aplicado en varias ocasiones".

[4] La presidenta de la Corte Internacional de Justicia, Sra. Rosalym Higgins, dijo en su discurso del 12 de abril de 2006, en la sesión solemne de la Corte en ocasión de su 60 Aniversario: "However, what is a relatively new is the frequent recourse to the Court for provisional measures. Whereas between 1985 and 1995 only seven requests for provisional measures were made, over the past decade the Court has been asked 17 times to exercise its power to issue provisional measures to preserve the respective rights of parties to a case. It granted the measures in 15 of those instances. In 2001, the court ruled that raising a cluster of important legal issues that will surely merit our particular attention in the period immediately ahead".

[5] CIJ, *Recueil 2001*, p. 466.

Justicia ha afirmado siempre el carácter obligatorio de la decisión sobre las medidas cautelares, que tendrían el mismo carácter obligatorio, definitivo e inapelable de las sentencias (artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas, artículos 59-60 del Estatuto de la Corte).

6. Con fecha 13 de julio de 2006, la Corte dictó la Ordenanza sobre las medidas provisionales. En ella, por catorce votos contra uno (el del juez *ad hoc* argentino, señor Raúl Emilio Vinuesa), se decidió:

> […] que les circonstances, telles qu'elles se présentent actuellement à la Cour, ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut.[6]

La Corte llegó a esta conclusión luego de afirmar que no hay en este caso, como consecuencia de la construcción de las plantas, "un riesgo inminente de perjuicio irreparable para el medio acuático del río Uruguay".[7]

Esta larga e interesante ordenanza, que merece un detallado estudio jurídico que no es del caso realizar ahora, fue acompañada de una declaración del juez Ranjeva, de opiniones individuales de los jueces Abraham y Benouna, y de una opinión disidente del juez *ad hoc* Vinuesa.

Aunque no es la ocasión presente el momento de efectuar una recapitulación de la argumentación hecha por la Corte para fundar su decisión, es muy importante, para situarla, transcribir los párrafos finales (82 a 86 inclusive) de su parte considerativa. Dicen así:

> 82. Considérant que, nonobstant le fait que la Cour n'a pu faire droit à la demande de l'Argentine, qui la priait d'indiquer des mesures conservatoires ordonnant la suspension de la construction des usines, les Parties son tenues de s'acquitter des obligations qui sont les leurs en vertu du droit international; que la Cour tient à souligner la nécessité pour l'Argentine et l'Uruguay de mettre en oeuvre de bonne foi les procédures de consultation et de coopération prévues par le statut de 1975, la CARU constituant l'enceinte prévue à cet effet; et que la Cour encourage en outre les Parties à s'abstenir de tout acte qui risquerait de rendre plus difficile le règlement du présent différend;
>
> 83. Considérant que la Cour rappelle à cet égard q ue, comme il est indiqué plus haut (voir paragraphe 56), l'agent de l'Uruguay a notamment réitéré, au terme de la procédure orale, la "volonté (de l'Uruguay) de respecter pleinement et totalement le statut du fleuve Uruguay de 1975 et son application" et réaffirmé "(c)omme expression concrète et exemplaire de cette volonté… son offre de réaliser un monitorage conjoint et constant avec la République argentine"
>
> 84. Considérant, eu regard à l'ensemble des considérations qui précèdent et compte tenu, en particulier, de ces engagements, confirmés par l'Uruguay devant elle, qu'il n'existe pas, aux yeux de la Cour, de motifs justifiant qu'elle indique les autres mesures conservatoires demandées par l'Argentine;

---

[6] Párrafo 87.

[7] Párrafos 73 y 74.

> 85. Considérant que la décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien la question de la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même, et qu'elle laisse intact le droit de l'Argentine et de l'Uruguay de faire valoir leurs moyens en ces matières;
>
> 86. Considérant que la présente décision laisse également intact le droit de l'Argentine de présenter à l'avenir une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires fondée sur des faits nouveaux, en vertu du paragraphe 3 de l'article 75 du Règlement.

IV

7. El río Uruguay, en cuya margen uruguaya están en construcción las dos usinas, es un río limítrofe entre la Argentina y el Uruguay.

La delimitación fronteriza en el río Uruguay se efectuó por el tratado de límites del 7 de abril de 1961. Se puso así fin, felizmente, a una indefinición de la línea limítrofe en este río, que ha sido tradicionalmente, como lo fue en la Convención Preliminar de Paz de 1828, el límite entre la Argentina —antes Provincias Unidas del Río de la Plata— y la República Oriental del Uruguay —que antes de la independencia fue la Banda Oriental.[8]

El tratado de límites de 1961 se refirió a los problemas de la contaminación en su artículo 7, y el Estatuto del Río Uruguay, tratado bilateral en vigencia entre la Argentina y el Uruguay del año 1975, desarrolló ampliamente lo relativo a la "contaminación de las aguas" en su capítulo X (artículos 40-43).

Para entender en todo lo relativo al río Uruguay, el Estatuto de 1975 creó una comisión binacional denominada Comisión Administradora del Río Uruguay (artículo 49), con personalidad jurídica (artículo 50), que entre otras competencias posee la de entender en la "prevención de la contaminación" (artículo 56.4). Siguió así una línea cada día más acentuada e importante en el derecho internacional.[9]

La Comisión es competente para considerar toda controversia que se suscite entre las partes (artículo 58). El artículo 60 del Estatuto dispone:

> Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del Tratado y del Estatuto que no pudiere solucionarse por negociaciones directas podrá ser sometida, por cualquiera de las Partes, a la Corte Internacional de Justicia.

8. El artículo 7 del Estatuto trata de las obras que, entre otros posibles efectos, "puedan afectar" la calidad de las aguas del río Uruguay, y establece el procedimiento a seguir. Este artículo dice:

---

[8] Rodolfo Fonseca Muñoz: *La jurisdicción internacional del río Uruguay*, Montevideo; Homero Martínez Montero: *El río Uruguay*, Montevideo, 1955; Edison González Lapeyre: *Los límites de la República Oriental del Uruguay,* Montevideo: Amalio M. Fernández, 1986.

[9] J. P. Dobbert: "Water Pollution and International River Law", en *Annuaire de l'Association des Auditeurs et Amiens Auditeurs de l'Académie de Droit International de La Haye,* vol. 35, 1965.

> La Parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra Parte.
>
> Si así se resolviere o no se llegar a una decisión al respecto, la Parte interesada deberá notificar el proyecto a la otra arte a través de la misma Comisión.
>
> En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra y su fuere del caso, el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la Parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del río o la calidad de las aguas.

V

9. En esta ordenanza sobre las medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia no dejó de recordar, en el párrafo 72, la significación que asigna a la cuestión del medio ambiente.

Esta referencia, con los conceptos que contiene y los precedentes que cita, es muy importante en sí misma y en relación con la próxima etapa procesal, sobre el fondo, que se resolverá en la sentencia final.

VI

10. Lo esencial de la controversia entre la Argentina y el Uruguay, que deberá ser objeto de la sentencia sobre el fondo, radica en la determinación de si el Uruguay respetó, como sostiene, o violó, como pretende la Argentina, las normas pertinentes del Estatuto del Río Uruguay, al autorizar la construcción de las dos plantas de celulosa.[10]

11. La importancia económica y social de las dos plantas en construcción es enorme y determinante para el Uruguay.

Para un país de las características y las dimensiones del Uruguay, inversiones de más de mil quinientos millones de dólares significan un elemento esencial para su desarrollo sostenible económico, social y humano. Permitirán reducir drásticamente el índice de desocupación, impulsar el crecimiento industrial y promover las exportaciones, sumando a las de la madera como materia prima, fruto de la expansión de la forestación en el país, el valor muy grande del trabajo incluido en la elaboración de la celulosa, como consecuencia del proceso industrial a partir de la madera.

---

[10] Pieter H. F. Bekker: "Argentina-Uruguay Environmental Border Dispute Before World Court", *The American Society of International Law*, vol. 10, n.º 11, may 16, 2006 (disponible en ‹http://www.asil.org/insights/2006/05/insights060516.html›.

Obviamente, este desarrollo, necesario para el Uruguay y para los seres humanos que lo habitan, ha de ser acompañado —y esto nunca ha sido olvidado— por un escrupuloso respeto del medio ambiente.

12. El fallo de la Corte, que decida sobre el fondo del asunto, sólo es obligatorio para las partes en el litigio y respecto del caso que ha sido dictado (artículo 55 del Estatuto de la Corte). Es definitivo e inapelable (artículo 60 del Estatuto).

Las partes, en cuanto miembros de las Naciones Unidas, se comprometen a cumplir la decisión de la Corte (artículo 94.1 de la Carta de las Naciones Unidas). El párrafo 2 de este artículo de la Carta dispone:

> Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

VII

13. La sentencia de la Corte sobre el fondo será muy importante como precedente. Será la primera vez que la Corte Internacional de Justicia se pronunciará sobre el tema del medio ambiente por contaminación del agua, de una manera principal. Constituirá un elemento clave para el desarrollo del derecho internacional en su relación con el medio ambiente.

En efecto, si bien la Corte Internacional de Justicia había encarado antes cuestiones vinculadas con el medio ambiente, será ésta la primera vez que lo trate de una manera principal y determinante, en la sentencia sobre el fondo.

Pero ya en la ordenanza del 13 de julio de 2006 la Corte destacó, como adelantamos en el párrafo 9 (capítulo V), la cuestión del medio ambiente y su importancia, recordando anteriores afirmaciones, al decir en el párrafo 72:

> Considérant que, en ce qui concerne les droits de nature substantielle invoqués par l'Argentine, la Cour a conscience des préoccupations exprimées par cet État quant à la nécessité de protéger son environnement naturel et, en particulier, la qualité des eaux de fleuve Uruguay; que la Cour rappelle avoir eu, par le passé, l'occasion de souligner toute l'importance qu'elle attache au respect de l'environnement:
>
> L'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace ou vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans l'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles de droit international de l'environnement" (Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, CIJ Recueil 1996 [I], p. 241-242, par 29; voir aussi Projet Gabciokvo-Nagymaros (Hongrei/Slovaquie), CIJ Recueil 1997, p. 78, par 140).

VIII

14. ¿Era necesario para resolver este diferendo recurrir a la Corte Internacional de Justicia?

Creemos sinceramente que no, que el asunto pudo —y puede aún— ser solucionado por negociaciones directas encaradas de buena fe y con el objetivo de lograr un arreglo justo y equitativo, esencialmente beneficioso y, obviamente, respetuoso del derecho.

Un jurista franco-argentino, que es además uno de los abogados de la Argentina ante la Corte Internacional de Justicia en este caso, el profesor Marcelo Kohen, ha dicho con razón en un artículo periodístico que "no es necesario ir a La Haya" para resolver una "simple disputa ambiental", que podría zanjarse, según él, poniéndonos de acuerdo "para solicitar un estudio ambiental imparcial y atenerse estrictamente a su resultado".[11]

Y un geógrafo también argentino, el señor Carlos Reboratti, profesor de la Universidad de Buenos Aires e investigador del Conicit, ha expresado:

> A ambos lados del Río de la Plata los políticos se las ingeniaron para hacer de las papeleras de Fray Bentos un verdadero callejón sin salida.
>
> Como casi una broma del destino, el entredicho con el Uruguay en relación a la instalación de dos fábricas de pasta celulosa en el vecino país ha llegado a un extremo de insensatez que parece digno de un melodrama televisivo.
>
> A partir de un tema que es, para cualquier país relativamente moderno y desarrollado, absolutamente menor y fácilmente solucionable como es la negociación por el control de los posibles impactos ambientales de una actividad que se desarrolla en otro, hemos llegado a una situación que casi no tiene salida. El porqué está en una mezcla entre falta de una política ambiental clara, y oportunismo político, presión de los grupos ambientalistas y falta de una mirada que sopese adecuadamente las causas y las consecuencias de cada paso. Cabe aclarar que algo similar, aunque con otros matices, ocurrió en la otra orilla del Río de la Plata.
>
> Como casi ridículo resultado de este monumental proceso de malentendidos, pasos en falso y la especulación política mas pedestre, nuestro país se ha presentado a la Corte Internacional de La Haya con dos pedidos: uno, que se emita una medida cautelar para que se detenga la construcción de las papeleras, y la otra, que se defina la responsabilidad del Uruguay por no presentar el tema en los ámbitos adecuados.
>
> El primer pedido no tiene prácticamente ninguna posibilidad de ser aprobado (nadie podría probar que los daños que potencialmente generarían las dos fábricas se van a producir, ni mucho menos que sean irreversibles). El segundo es absolutamente formal e inefectivo, cualquiera sea el resultado de la presentación (si la Corte decide en contra del Uruguay, ¿Qué vamos a hacer, declararle la guerra?
>
> Hasta ahora el único resultado concreto es que entre los dos países se va a contratar nada menos que a 36 personas (muchas de ellas seguramente con muy

---

[11] Marcelo Kohen: "No es necesario ir a La Haya", en *Clarín*, Buenos Aires, 3 de febrero de 2006.

> altos sueldos internacionales) para que intervengan en el proceso. Ahora bien, si el tema en el fondo es que deberíamos asegurarnos que las plantas no van a contaminar: ¿no sería mas útil que ese dinero se invirtiera en la formación de una comisión binacional de control, que incluya no sólo su equipamiento técnico, si no también el entrenamiento de sus miembros?
>
> Hay tiempo suficiente para eso, si la voluntad de escucharnos mutuamente existiera.[12]

Yo he coincidido siempre con estas ideas. He dicho muchas veces que el diferendo podría haberse solucionado por medio de negociaciones directas, encaradas de buena fe, con la voluntad por ambas partes de lograr una solución ventajosa y respetuosa del derecho internacional. No era necesario ir a la Corte.

IX

15. La competencia de la Corte Internacional de Justicia para conocer en este caso resulta del artículo 60 del tratado argentino-uruguayo de 1975, que estableció el Estatuto del Río Uruguay y asignó a la Corte competencia en toda controversia relativa a la "calidad de las aguas" del río. Es, por tanto, una competencia que resulta de un tratado bilateral entre Argentina y Uruguay, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.1 del Estatuto de la Corte.

Al decidir sobre las medidas provisionales, la Corte hace sólo un examen "*prima facie* de su competencia. El análisis definitivo sobre su competencia se realiza en la etapa sobre el fondo.

De acuerdo con el párrafo 6 del artículo 36 del Estatuto de la Corte: "En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá".

16. Nada impide que durante el proceso en curso ante la Corte Internacional de Justicia, después de la ordenanza del 13 de julio del 2006, relativa a las medidas provisionales pedidas, en las etapas siguientes del desarrollo del procedimiento sobre el fondo del caso, antes de la sentencia u obviamente también después de ella, las partes negocien, política y diplomáticamente, y puedan llegar a una solución del diferendo.

Por el contrario, una solución directa y amigable siempre es posible y, además, debe de ser saludada con satisfacción.[13]

Esta posibilidad de un arreglo extrajudicial, previo o posterior a la sentencia final, en el caso de que fuera previo a la sentencia sobre el fondo, llevará al desistimiento (artículos 88-89 del Reglamento de la Corte) y a la finalización del caso y a su eliminación del *rôle* de casos a consideración de la Corte.

---

[12] Carlos Reboratti, en *Clarín*, Buenos Aires.

[13] Jean Marc Thouvenin: "La Cour Internationale de Justice et la Sécurité Collective", en *Les Métamorphoses du Système de Sécurité Collective*", Société Française pour le Droit International, París: Pedone, 2005.

La Corte y su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, tienen al respecto una interesante jurisprudencia. Así, afirmó la Corte Permanente:

> […] le règlement judiciaire des conflits internationaux, en vue duquel la Cour est instituée, n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties; que, dès lors, il apparient à la Cour de faciliter, dans toute la mesure compatible avec son Statut, pareil règlement direct et amiable […].[14]

Y en su ordenanza del 29 de julio de 1991, en el asunto del *Passage par el Grand-Belt (Finlande c. Danemark),* la Corte Internacional de Justicia dijo y reiteró el concepto anteriormente expresado:

> […] qu'en attendant qu'elle rende une décision sur le fond, toute négociation entre les Parties en vue de parvenir à un règlement direct et amiable serait le bienvenue.[15]

17. Sin perjuicio de la prosecución del trámite procesal, luego de la ordenanza de la Corte sobre las medidas cautelares o provisionales, será siempre posible una negociación política o diplomática entre las partes que ponga fin a este diferendo —mediante una fórmula justa y equitativa, que asegure el respeto del medio ambiente y el desarrollo económico, social y humano, así como el acatamiento del derecho internacional, y ponga fin, en beneficio de las dos partes.

Hasta el momento en que escribo estas líneas, en agosto de 2006, esto no se ha logrado. En julio, en Córdoba (República Argentina), en la Cumbre del Mercosur, se encontraron los presidentes Vázquez y Kirchner. Se encontraron y hablaron del tema, pero, aunque se abrió un diálogo, no se entabló ninguna negociación.

X

18. Luego de la lectura y la notificación de la ordenanza del 13 de julio, los agentes de las partes tuvieron una reunión con la presidenta de la Corte, señora Rosalyn Higgins, para hablar de las siguientes etapas procesales y de los plazos pertinentes, según lo dispuesto en el artículo 31 del Reglamento. Las etapas procesales que habrán de seguir son la memoria del demandante y la contramemoria de la parte demandada (artículos 45.1 del Reglamento).

La Corte, el mismo 13 de julio, decidió por una ordenanza que la Argentina dispondría de seis meses (hasta el 15 de enero del 2007) para presentar su memoria, y que el Uruguay tendría otros seis meses (hasta el 22 de julio del 2007), para presentar la contramemoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 del Reglamento.

Lo relativo a otras eventuales etapas procesales de la parte escrita (réplica y dúplica) será decidido a posteriori por la Corte (artículos 48.2 y 49.3 del Reglamento).

---

[14] CPJI: *Zones Franches de la Haute Savoir et du Pays de Gex*, serie A, n.º 22, p. 22.

[15] "Différend Frontalier", CIJ, *Reueil 1986*, p. 577, § 46.

Después seguirá la etapa oral del procedimiento (artículos 54-72 del Reglamento).

19. El Reglamento de la Corte Internacional de Justicia prevé la posibilidad de presentar una contrademanda (*demande reconventionnelle*), lo que debe hacerse al presentarse la contramemoria (artículo 80.2).

Para que una contrademanda pueda ser conocida por la Corte, debe entrar en su competencia y estar "en conexión directa con el objeto de la demanda de la parte adversa" (artículo 80.1 del Reglamento). Esta exigible conexión directa con la demanda principal, de hecho y de derecho, ha sido en la Corte materia de análisis jurisprudencial y de agudos comentarios por la doctrina.[16]

XI

20. La ordenanza fue adoptada, como ya se señaló, por 14 votos contra 1. Este solitario voto fue del juez *ad hoc* designado por la Argentina, señor Raúl Emilio Vinuesa.

A la ordenanza se agregó una declaración del Juez Ranjeva y dos opiniones individuales separadas, de los jueces Bennouna y Abraham, que ya hemos citado, sumamente interesantes y de necesaria lectura.

XII

21. Es indudable la estrecha y directa relación entre todo lo relativo al medio ambiente y los derechos humanos.

Todos los derechos humanos que gozan de garantía y protección internacionales están cada día más vinculados[17] a la cuestión del medio ambiente,[18] ya que éste, en cuanto condición de la vida, es uno de los presupuestos del derecho a la vida y, en su sentido más amplio, del derecho a vivir,[19] pero también lo están, de distinta manera según los diferentes casos, todos los derechos y libertades.

22. En este interesante asunto —en el que por primera vez la Corte Internacional de Justicia deberá encarar de una manera directa y principal el tema del derecho

---

[16] Santiago Torres Bermúdez: "La modification des articles du Règlement de la Cour Internationale de Justice Relatifs aux Exceptions Préliminaires et aux Demandes Reconventionnelles", en *Annuaire Français de Droit International*, XLVIII, 2003, pp. 228-247.

[17] Bernardo Sepúlveda Amor: "México y su compromiso con la protección de los derechos humanos", en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, o. cit.

[18] Mateo Magariños de Mello: "Derechos humanos y medio ambiente", en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, o. cit., vol. 1.

[19] Héctor Gros Espiell: "El derecho a la vida y el derecho a vivir", en *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, vol. 8, Madrid, 1985.

ambiental, como ya hemos señalado en el parágrafo 12 del presente trabajo, y la cuestión de una alegada contaminación de las aguas de un río— están en juego dos derechos que es necesario considerar y armonizar.

Por un lado, el derecho al desarrollo, derecho individual y derecho colectivo a la vez, considerado hoy como un derecho humano. Es en virtud de este derecho, en cuanto derecho colectivo, que el Estado puede y debe realizar los actos para generar, fomentar y garantizar el desarrollo de la comunidad humana, en cuanto elemento de ese Estado, a fin de asegurar su progreso y el mejoramiento económico, social y humano.

Por otro, el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, también derecho individual y colectivo, necesariamente vinculado con el derecho al desarrollo, expresión, también individual y colectiva, de la proyección del derecho a vivir.

No puede haber contraposición entre estos dos derechos, por cuanto tienen la misma categoría y son ambos derechos humanos, al mismo tiempo de carácter individual y de carácter colectivo, consecuencia del reconocimiento jurídico de los nuevos derechos, de los derechos que algunos han llamado *de la solidaridad* y que otros han denominado *de tercera generación*.

La armónica e ineludible relación entre estos dos derechos, que siempre ha sido reconocida por las Naciones Unidas, supone la imposibilidad de negar el derecho al desarrollo con base en la mera invocación del derecho al medio ambiente y, a la inversa, la inadmisibilidad de olvidar o lesionar al medio ambiente mediante el argumento del necesario reconocimiento del derecho al desarrollo.

Sin la necesaria coordinación de estos dos derechos, basada en su recíproco reconocimiento y en la afirmación que el desconocimiento y la violación de uno de ellos en pretendido beneficio del otro llevaría a situaciones absurdas y a la negación del progreso económico, social y humano, es imposible encarar este asunto. Sin la protección del medio ambiente no puede haber desarrollo. Pero sin la garantía de la posibilidad de un desarrollo humano sostenible, para luchar contra la pobreza, la ignorancia y la enfermedad, no es posible hoy, en lo que es el mundo actual, la defensa racional del medio ambiente y de la biodiversidad.

En este caso de las papeleras entre Argentina y Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia, la cuestión del reconocimiento y de la coordinación necesaria de estos dos derechos humanos, individuales y colectivos a la vez, se ha planteado con especial pertinencia y actualidad.

En su ordenanza del 13 de julio del 2006, en el caso, la Corte Internacional de Justicia dijo en el párrafo 80:

> Considérant que la présente affaire met en évidence l'importance d'assurer la protection, sur le plan de l'environnement, des ressources naturelles partagées permettant un développement économique durable;qu'il convient notamment de garder á l'esprit la dépendance des Parties vis-à-vis de qualité des eaux du fleuve

> Uruguay en tant que celui-ci constitue pour elles une source de revenus et de développement économique;que,dans cette perspective, il doit être tenu compte de la nécessité de garantir la protection continue de l'environnement du fleuve ainsi que droit au développement économique des États riverains; […].

23. La relación necesariamente armónica y el condicionamiento recíproco del medio ambiente y del desarrollo han sido siempre destacados por el derecho internacional ambiental y apoyados y explicados por la doctrina.

A título de ejemplo, sólo quiero citar y transcribir unos párrafos particularmente ilustrativos y pertinentes, cuyos conceptos comparto, del profesor Manuel Díaz de Velazco, que al respecto dice:

> Il existe un lien nécessaire entre développement et environnement, son articulation conditionne la préservation de l'environnement mondial qui est affecté par des risques globaux (changement climatique, disparition de la biodiversité, dépérissement des forêts) dans lesquelles le sous-développement endémique d'une partie de la planète joue un rôle décisif, de la même manière qu'il existe également une responsabilité particulière des pays du Nord dans la dégradation et pollution mondiale (disparition de la couche d'ozone).
>
> L'élaboration des normes dans ce domaine doit tenir compte de ce principe, ainsi, l'articulation environnement-développement doit reconnaître la souveraineté des États sur l'exploitation de leurs ressources naturelles et la détermination de leurs politiques de développement (2e principe de la Déclaration de Rio), bien que le respect de ce principe ne doive pas aboutir á un manque total de contrôle et á l'absence de toute responsabilité pour les pays non développés.[20]

24. Es necesario recordar que la protección y defensa del medio ambiente no sólo constituye una obligación emanada del derecho internacional, sino que, además, en el caso del Uruguay, es una obligación que resulta de una norma de su propia Constitución. En efecto, el artículo 47 de la Constitución uruguaya dispone:

> La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación grave al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores.

Esta norma constitucional, ya reglamentada por ley,[21] sirve de base a una política ambientalista de protección del medio ambiente y en especial de la lucha contra la contaminación, y por tanto de garantía y control de cualquier eventual efecto negativo

---

[20] Héctor Gros Espiell: "El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana", en *Revista de Estudios Internacionales*, n.º 1, Madrid, 1980; Héctor Gros Espiell: "El derecho al desarrollo veinte años después", en Alberto Herrera de la Fuente (coord.): *Reflexiones tras un año de crisis*, Universidad de Valladolid, 1996.

[21] Mariela Saettone: "Marco normativo de la protección del medio ambiente en nuestro derecho positivo", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

sobre las aguas del río Uruguay. La antes citada norma constitucional permite sostener, como lo he hecho antes, que constitucionalmente hay un derecho al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho que es la otra cara del deber que la Constitución impone directamente a todas "las personas".[22]

XIII

25. Lamentablemente, de manera simultánea y paralela al diferendo relativo a la construcción de las dos plantas de celulosa, planteado ante la Corte Internacional de Justicia, se ha generado otro asunto controversial.

Como reacción ante la construcción de estas dos plantas, grupos de personas, en muchos casos individualizadas con el término *piqueteros*, han cerrado, interrumpido o impedido durante varios períodos la libre circulación por dos de los puentes internacionales que, sobre el río Uruguay, unen a la Argentina con el Uruguay y a la provincia de Entre Ríos (Argentina) con los departamentos de Paysandú y Río Negro (Uruguay).

Tales acciones, dirigidas, mediante el impedimento de la comunicación entre los dos países, a presionar al Uruguay, no han sido eficazmente impedidas o reprimidas por las autoridades nacionales de la Argentina.

Estas acciones que han obstaculizado la normal y fluida comunicación entre la Argentina y el Uruguay han generado una violación del derecho internacional, en especial del Tratado de Asunción, que creó el Mercosur, del que son partes Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, y del que será parte Venezuela.

El Uruguay ha planteado esta violación ante el Tribunal Arbitral Permanente del Mercosur, que ha decidido darle trámite y no aceptar la recusación del árbitro de nacionalidad española que debía integrarlo.

En las audiencias de La Haya, los días 8 y 9 de junio de 2006, el agente del Uruguay hizo referencia al corte de la comunicación en los puentes, al cierre de éstos en varias ocasiones, a los perjuicios económicos producidos y a la violación del derecho internacional que ello implicaba,[23] como lo recordó la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 48 de su ordenanza del 13 de julio de 2006.

Las autoridades uruguayas han evaluado en más de trescientos cincuenta millones de dólares el efecto negativo de estas acciones sobre la economía uruguaya, en especial por la disminución del flujo turístico desde Argentina.

---

[22] Héctor Gros Espiell: "La protección del medio ambiente en el derecho constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Montevideo: Ingranusi, 1998, pp. 463-473.

[23] Cour International de Justice, Audience publique, jeudi 8 juin 2006, Compte rendu, p. 16; Cour Internationale de Justice, Audience publique, vendredi 9 juin 2006, Compte rendu, p. 37.

XIV

26. Al reflexionar sobre la controversia entre Argentina y el Uruguay nacida de la construcción de las dos fábricas de celulosa en territorio uruguayo, sobre la margen izquierda del río Uruguay, la atención debe también fijarse en la consideración regional del asunto, en como éste afecta y se proyecta en el ser y en el funcionamiento del Mercosur, y en la forma en que, una vez superado y resuelto el diferendo, como esperamos, deben encararse, interna e internacionalmente, de una manera global y sistemática, los problemas del medio ambiente y el desarrollo en la región, especialmente en la gran cuenca fluvial que engloba parcialmente a Bolivia, al Paraguay, una importante parte del Brasil y una zona también de determinante significación de la Argentina y el Uruguay.

Esta gran cuenca hidrográfica, formada en especial, aunque no únicamente, por los ríos Paraguay, Paraná y Uruguay —que es una zona bajo la cual existe el acuífero Guaraní, que es una de las más grandes reservas de agua dulce del planeta—, exige una regulación jurídica del medio ambiente y una armonización del desarrollo conjunto que, sin perjuicio de reconocer y basarse en la soberanía de los Estados, encare internacionalmente la coordinación de las políticas ambientalistas y de los planes de desarrollo, garantizando la soberanía permanente sobre los recursos naturales, como base para el desarrollo económico, social y humano de todos los pueblos platenses.

Este es el *camino*[24] que, superando atavismos del pasado y planteamientos actuales egoístas y perimidos, debería, en mi opinión personal, seguirse.

27. El ex presidente del Uruguay (1990-1995) doctor Luis Alberto Lacalle ha podido afirmar, con razón, en el artículo que acabamos de citar, los siguiente conceptos:

> El Río de la Plata, ese nudo de ríos que ata las corrientes del Paraná, el Paraguay, el Uruguay y el Tieté, es un símbolo de las relaciones entre los países platenses y puede sugerir un camino para desenredar el conflicto que aflige la región.
>
> El conflicto por la construcción de las plantas de celulosa es regional. Lo es porque afecta los derechos de tránsito de varios países, lo es porque las acciones llevadas a cabo en la Argentina violan los tratados vigentes y lo es, sobre todo, porque han introducido en esta parte de mundo ingredientes de confrontación y tensión que nadie puede querer ni desear.
>
> Las organizaciones del Mercosur y el Tratado de Hidrovía se superponen, se complementan. Por sobre ellas existen agencias como Fonplata, creadas con el propósito de fomentar el desarrollo regional.
>
> Apelando a esa realidad y a una correcta interpretación de las funciones de los tratados es que creemos que se puede dar una oportunidad a la esperanza en una salida del atolladero actual que no necesite de sentencias ni de laudos, solamente de una percepción constructiva de la realidad y una voluntad de los gobiernos de mirar mas lejos.

---

[24] Luis Alberto Lacalle: “Un camino”, en *El País*, Montevideo, 4 de junio de 2006, p. 7.

> Por encima de todos estos emprendimientos está el cuidado ambiental. Tema espinoso pero de posible abordaje toda vez que se le mire con serenidad y sentido práctico de lo posible.
>
> La enorme cuenca sobre la que discurrimos concentra sus aguas en el Río de la Plata, verdadero vinal de centenares de industrias ribereñas. Hay que encarar el problema —en su totalidad— con sentido de urgencia.
>
> Ninguna actividad, en ningún país, puede estar debajo de los mejores estándares posibles en el momento actual.
>
> ¿Por qué no dar vuelta el signo del conflicto y en lugar de dispersar y anular los esfuerzos en un contencioso, no conjugarlos? Un completo plan de desarrollo de los ríos es un camino posible.
>
> Sólo a cuenta de mayor cantidad mencionamos los campos de actividad que esperan recursos e imaginación.
>
> La navegación a pleno en la red hidrográfica mencionada, en ese Rin o ese Danubio que miramos todos los días, sin verlo realmente. Las inversiones portuarias similares a las de Palmira y Rosario que pueden generar polos de actividad de exportación e importación para los cinco países. La pesca y la acuicultura que agregarían técnicas mejores a la tan antigua actividad de los ribereños. El regadío, la multiplicación de las inversiones hidroeléctricas para dar energía a la región. El cuidado y vigilancia de los recursos naturales por su valor ético intrínseco pero como manera de conservar atracciones para el turismo y el recreo como la magnífica obra del Pantanal.
>
> No es fácil pero no es imposible.

28. Y el también ex presidente (1985-1990 y 1995-2000) doctor Julio María Sanguinetti, en un artículo periodístico, luego de enumerar los antecedentes de este asunto desde 1987, concluye:

> En cualquier caso, el relato demuestra que se cumplió (por el Uruguay), el deber de informar, que la tecnología proyectada es mundialmente aceptada, que Argentina aceptó la instalación de las plantas y que hasta elaboramos conjuntamente un plan para monitorear su funcionamiento. Desgraciadamente, la tolerada prepotencia piquetera lleva a que todo esto habrá de definirse en un tribunal internacional, testimonio de un fracaso político rotundo. Confiemos, deseemos y trabajemos para que, además, no se transforme en un conflicto con la Argentina que dañe nuestro comercio, nuestra disponibilidad de energía, nuestro turismo, nuestra navegación de ríos y canales y, lo que es casi peor que todo, deje enfrentados a dos pueblos que, como dijo Sáenz Peña, son una misma sociedad en dos Estados distintos.[25]

XV

29. Ya hemos destacado la beneficiosa posibilidad de un acuerdo bilateral pacífico, directo y amigable de este diferendo mediante el diálogo y una negociación de buena fe (capítulo IX, párrafos 16 y 17).

---

[25] Julio María Sanguinetti: "Los hechos son los hechos", en *El País*, Montevideo, 21 de mayo de 2006, p. 7.

30. Ahora, al reiterar este criterio, quiero agregar que, sin perjuicio de esta perspectiva positiva, estimo que el tema del medio ambiente y de su protección en la región debe de ser encarado por medio de tratados bilaterales entre Argentina y Brasil, Argentina y Paraguay, Argentina y Uruguay, como de Brasil con Paraguay y Uruguay. Pero además, debería ser objeto de una regulación multilateral en el Mercosur, así como en el marco de la cuenca del Plata y de la Hidrovía.

Veamos brevemente estas distintas formas y escenarios diferentes.

31. Argentina tiene con Uruguay normas sobre protección y conservación del medio ambiente en los tratados de límites en el Río de la Plata (tratado del 19 de noviembre de 1973) y en el río Uruguay (tratado del 7 de abril de 1961 y tratado del 26 de febrero de 1975, Estatuto del Río del Uruguay). Pero no uno o dos tratados bilaterales generales que cubran todos los aspectos del medio ambiente en los dos ríos limítrofes, y no solamente en lo referente a las aguas y al medio acuático.

Uruguay tiene con Brasil un excelente tratado bilateral al respecto, pero que cubre sólo lo referente a la contaminación del espacio aéreo por emanaciones industriales.

Sería, por tanto, del caso modernizar y actualizar esta regulación bilateral (del Uruguay con Argentina y Brasil), pero ampliándola y generalizándola, para que pueda cubrir el control de todas las formas de contaminación ambiental y que se extienda, además, a la protección de la biodiversidad.

Lo mismo puede decirse de lo que debería existir bilateralmente entre Argentina y Brasil, Argentina y Paraguay, y Brasil y Paraguay, para referirnos sólo a los cuatro miembros originarios del Mercosur. Con ello se cubriría el espacio geográfico de gran parte de la cuenca del Plata, para protegerlo ambientalmente.

32. Pero esta deseable red de tratados bilaterales sobre el medio ambiente no es de ninguna manera incompatible con tratados multilaterales en el Mercosur, entre los países partes —así como con Venezuela—, que puedan llegar también a incluir a los actuales Estados asociados (Chile y Bolivia) y eventualmente a Perú, para proteger el medio ambiente y la biodiversidad en la región.

33. Por último, es posible encarar la inclusión como ampliación, por razón de materia, del Tratado sobre la Hidrovía —que reúne a Argentina, Bolivia, Paraguay, Brasil y Uruguay y a la extensa red fluvial que converge directa o indirectamente en el Río de la Plata, uniendo desde los puertos bolivianos, paraguayos, brasileños y argentinos hasta llegar a Nueva Palmira en el Uruguay—, con normas sobre medio ambiente y biodiversidad, para protegerlos colectivamente, como resultado de deberes y derechos, de los Estados partes.

34. En la reciente Cumbre de los Jefes de Estado de los países miembros y asociados del Mercosur, en la cual también participó Cuba como país invitado, el presidente

del Uruguay, doctor Tabaré Vázquez, expresó conceptos acordes con los que hemos expuesto.

XVI

35. De todo lo antes expresado, creo que debe concluirse, como reflexión final:

- El actual diferendo entre la Argentina y el Uruguay por la construcción de dos usinas de celulosa en territorio uruguayo, sobre el río Uruguay, ha mostrado y destacado la importancia determinante que el medio ambiente ha adquirido en las relaciones internacionales y en el derecho internacional.
- El haber llevado este diferendo a la Corte Internacional de Justicia ha permitido ya a la Corte, en su ordenanza del 13 de julio de 2006, profundizar en el análisis de las medidas cautelares (provisonales o conservatorias), en relación con el medio ambiente, preservando y ahondando conceptos expuestos en su jurisprudencia anterior.
- La prosecución del proceso judicial actualmente en curso no impide la continuación del diálogo y la negociación para la solución abierta y amistosa, en beneficio del medio ambiente y el desarrollo, del diferendo existente.
- Este diferendo impulsa a pensar en la necesidad de encarar bilateral y multilateralmente, por medio de tratados, la cuestión ambiental, en todos sus aspectos, en la región —es decir, en el espacio geográfico cubierto por el Mercosur, la cuenca del Río de la Plata y la Hidrovía.

París, agosto del 2006.

Susana Mosquera Monelos (España) *

Mecanismos jurídicos de participación de la sociedad civil ante los organismos internacionales

1. Sociedad civil, ONG y OSC

El concepto de sociedad civil nace en contraposición al concepto de sociedad natural y se ha usado desde tiempos remotos para hacer referencia a la organización social, usualmente gobernada por reglas y normas jurídicas. Probablemente la teoría del pacto social es la que mejor representa ese concepto de sociedad civil como creación humana que por contraposición no puede darse en el reino animal, y que de un modo amplio es posible equiparar al concepto de civilización.

En un sentido extenso, cuando se habla de sociedad civil se está haciendo referencia a un conjunto amplio, variado y disperso de actores que participan de diferentes formas en la acción social.[1] La sociedad civil, como sociedad de derecho y comunidad política, es un conjunto de individuos que pactan una zona, un espacio civilizador. Este concepto ha estado expuesto a diferentes enfoques y versiones —liberal, marxista, activista, posmoderna o normativa—, y ha evolucionado hasta convertirse en un con-

---

* Doctora europea en Derecho, Universidad de A Coruña. Estancias de investigación en la Universidad de Leuven (Bélgica), Consejo de Europa, Universidad de París II y Universidad de Laval (Canadá). Ponencias en congresos en Bélgica, Canadá, Portugal, Argentina y Perú. Fue profesora del Máster de Derecho de la Universidad de Leuven. Es profesora ayudante en la Facultad Derecho de la Universidad de A Coruña y profesora visitante en la Universidad de Piura. ‹smosquer@udc.es›

[1] Cf. J. Ehrenberg: *Civil Society: The Critical History of an Idea*, Nueva York: New York University Press, 1998.

cepto globalizado.[2] Un concepto cada vez más complejo, en el que cobra nueva importancia la idea de desarrollo económico que diferencia los países desarrollados de los países en vías de desarrollo.

La idea de sociedad civil ha experimentado un extraordinario fortalecimiento desde los años ochenta,[3] hasta convertirse en el capital social que ha impulsado muchas reformas democráticas. Hasta esa fecha era posible constatar una estrecha unión entre el concepto de sociedad civil y el de sociedad política. Los problemas sociales y políticos del período de entreguerras se resolvieron con la medicación de los sistemas clásicos de representación política, pero superada esa etapa y alcanzado un nivel de desarrollo económico suficiente, con un Estado del bienestar fortalecido en muchas de las sociedades occidentales, se vuelven los ojos hacia otro tipo de problemas. La conciencia social despierta y comprende que ha dejado en manos de la política institucional muchas tareas que ésta no puede acometer en toda su justa y necesaria medida. Resurge así la sociedad civil, que ya desde los años sesenta había redescubierto su capacidad de movilización, y lo hace a través de nuevas formas de expresión: fundaciones, organizaciones de autoayuda, cooperativas, organizaciones caritativas, entidades dependientes de organizaciones políticas y sindicales, corporaciones, asociaciones eclesiales; todo sirve para dar cabida a la participación ciudadana, a través de nuevas formas de expresión de esa sociedad civil.

El papel de estas entidades en una sociedad internacional que ha dejado de tener al Estado como eje de la actividad política es de suma relevancia.[4] De ahí que la emergencia de las organizaciones sociales que actúan en nombre del tercer sector haya conocido un progresivo fortalecimiento. Cabe apuntar que ese activismo de la sociedad civil no es nuevo, pero sí lo es su significativo incremento de los últimos tiempos. En ese sentido, frente a los viejos movimientos sociales que nacieron de la mano del movimiento y la lucha obreros, y que estaban escasamente formalizados, con un campo de acción reducido y una influencia mediática limitada, los movimientos sociales actuales —cuyo origen remoto se encuentra en instituciones históricas—[5] cobran fuerza a fines de los años sesenta. Los movimientos de protesta estudiantil sirven de base para aportarles un nutrido y concienciado auditorio, la descolonización del tercer mundo aporta nuevas temáticas para su campo de acción y la proliferación de organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o

---

[2] Véase. M. Kaldor: *La sociedad civil global. Una respuesta a la guerra,* Barcelona: Tusquets, 2003, y también R. Krut: *Globalization and Civil Society: NGO influence in International Decision-Makin,* UNRISD, Discussion Paper, n.º 83, Ginebra, 1997.

[3] M. Glasius, D. Lewis y H. Seckinelgin (eds.): *Exploring Civil Society: Political and Cultural Contexts,* Londres: Routledge, 2004, p. 26.

[4] F. Rubio: "Les ONG, acteurs de la mondialisation", en *Problèmes Politiques et Sociaux,* n.º 877-878, París: La Documentation française, 2002.

[5] Gremios, asociaciones de asistencia, entidades religiosas y de ayuda mutua.

la Organización de los Estados Americanos les ofrece una perfecta plataforma institucional para su acción política.[6]

Ya Tocqueville señaló la importancia que estos actores "ocultos" tenían en el impulso y desarrollo de los procesos democráticos, pero la singularidad de este proceso en el momento actual es su expansión, rápido crecimiento y progresiva fuerza como medios de presión política que en cierto modo vienen a suplir los mecanismos tradicionales de participación política. No obstante, hablar de sociedad civil es hablar de un concepto confuso que presenta numerosos enfoques y matices, concepto que varía según la disciplina académica desde la que se estudie. Nuestro objetivo no es otro que analizar su relevancia y significación en el seno de la comunidad internacional, de modo que no podemos ceder al impulso de las definiciones sociológicas, filosóficas, políticas o antropológicas; hemos de presentar este concepto desde su enfoque jurídico en el ordenamiento internacional y para ello no podemos partir de otro punto que el de la estructura organizativa de las Naciones Unidas.

En ese contexto se entiende por sociedad civil: "la relación asociativa que los ciudadanos (al margen de sus familias, amigos y lugares de trabajo) entablan voluntariamente para promover sus intereses, ideas, ideales e ideologías".[7] No incluye la actividad asociativa con fines lucrativos ni tampoco a las entidades asociativas promovidas desde instituciones gubernativas oficiales, de modo que con esas limitaciones serán consideradas agrupaciones de la sociedad civil: las organizaciones populares,[8] organizaciones de afiliados o de profesionales,[9] organizaciones religiosas, las entidades pertenecientes al mundo académico, organizaciones no gubernamentales, movimientos sociales y redes de activistas.[10]

De ese modo, los nuevos movimientos sociales, una nueva forma de expresión de la sociedad civil, se instrumentaliza y formaliza, alcanza un nivel de organización y estructuración que hubiese sido impensable en décadas anteriores.[11] Ahora encuentra foros internacionales adecuados en los que llevar a cabo su trabajo —denuncia y acción— a favor de la solidaridad. No obstante, para que esto sea posible será necesaria la constitución formal, dentro del ordenamiento jurídico nacional, de las entidades asociativas que van a trabajar en el mundo solidario. En ese orden jurídico interno las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones comunitarias, las asociaciones de vecinos, las organizaciones religiosas, las asociaciones profesionales, las

---

[6] Véase E. Barbé: *Relaciones internacionales*, Madrid: Tecnos, 2003, pp.193 ss.

[7] ‹http://www.un.org/spanish/civil_society›.

[8] Como aquellas que representan a mujeres, niños, agricultores, pueblos indígenas, ancianos o discapacitados.

[9] Sindicatos, comunidades científicas o tecnológicas, cooperativas de productores, etcétera.

[10] Como por ejemplo los movimientos de agricultores sin tierra, el movimiento antiglobalización, etcétera.

[11] J. Riechman y F. Fernández Buey: *Redes que dan libertad. Introducción a los nuevos movimientos sociales*, Barcelona: Paidós, 1995.

corporaciones privadas sin fines de lucro, los clubes o fundaciones —es decir, toda forma de organización privada que no forma parte del sector público estatal ni del privado empresarial— son los que completan el concepto de *sociedad civil*. De esa amalgama de entes, las organizaciones no gubernamentales son las que presentan mayor interés.[12] Pero si delimitar el contorno de la sociedad civil es complejo, ofrecer un concepto de ONG tampoco está exento de problemas.[13]

La falta de precisión jurídica en la definición del concepto ONG les permite jugar al camuflaje cuando resulta necesario, aportan libertad y agilidad allí donde la gestión estatal se burocratiza, y ofrecen eficacia allí donde la gestión empresarial no llega porque no encuentra rentabilidad económica suficiente.[14] Es una singularidad de este sector la falta de precisión en su nomenclatura: algunos lo llaman *tercer sector* —al lado del público y el privado—, otros prefieren referirse al *sector no lucrativo*, otros hablan de *movimientos sociales*, otros se refieren a los *actores de la sociedad civil*, pero la denominación que se impone sobre todas para hablar del tipo de entidades que gestionan una gran parte de la acción y la actividad de la sociedad civil en el momento actual es la de *ONG*, y con ella trabajaremos[15] —aunque no descartamos completarlo con el concepto más amplio de *OSC* (organizaciones de la sociedad civil), utilizado con preferencia frente al de ONG en los últimos tiempos—. Es bueno precisar que las ONG no agotan el concepto de sociedad civil, mucho más amplio y complejo, sino que en esencia son un componente de los movimientos sociales, aunque la relevancia que han alcanzado actualmente en el seno de las organizaciones internacionales es el necesario punto de partida para este estudio.[16]

Una gran variedad de tipos y formas jurídicas se esconde tras la etiqueta organizativa del concepto ONG,[17] pero, como éste ya se ha convertido en un nombre con marca registrada y con unos valores presupuestos asociados, sigue utilizándose de forma mayoritaria —especialmente por el trabajo y las actividades que desarrollan, pues las ONG se encargan de promocionar valores globales dentro de la sociedad

---

[12] A. Calle Collado: *Ciudadanía y solidaridad. Las ONG de solidaridad internacional como movimiento social*, Madrid: Iepala, 2000.

[13] Cf. P. Willets: *What is a Non-Governmental Organisation?*, UNESCO Encyclopedia of Life Support Systems, ‹http://www.eolss.net›.

[14] Véase F. Mawlawi: "New Conflict, New Challenges: the Evolving Role of Non-Governmental Actors", en *Journal of International Affairs*, Winter, 1993, pp. 391-413.

[15] Para conocer cómo aparece el concepto ONG en el orden internacional véase, M. Bettati y P. M. Dupuy: *Les ONG et le droit internacional*, París: Economica, 1986, pp. 17 ss.

[16] Su evolución en ese terreno puede verse en la obra de Y. Beigbeder: *Le rôle international des organisations non gouvernementales*, Bruselas: Bruylant, 1992. En el mismo sentido, A. M. Clark: "Non-Governmental Organizations and their Influence on International Society", en *Journal of International Affairs*, n.º 48, 1995, pp. 507-525.

[17] Para mayor detalle véase A. Bendaña: *NGOs and social movements: a north/south divéasee?*, Ginebra: Unirisd, 2006, pp. 23 y ss.

civil, influir en la elaboración de políticas de alcance internacional,[18] influir en los procesos de elaboración de normas jurídicas internacionales[19] también en la fase de aplicación.[20]

2. Las Naciones Unidas y las organizaciones de la sociedad civil

Desde sus orígenes las Naciones Unidas han mantenido una estrecha relación de cooperación con las organizaciones no gubernamentales —término utilizado mayoritariamente como expresión jurídica del tipo de organización constituida como manifestación de la acción colectiva de un grupo o colectivo social—. La primera mención jurídica de las ONG —de la cual surgiría propiamente el concepto— se encuentra en el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas:

> [E]l Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si a ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo miembro de las Naciones Unidas.

Cierto que ese documento no supone su reconocimiento ni mucho menos su origen, porque la única intención de la ONU era la de diferenciar a las organizaciones que actuaban en el ámbito internacional pero no habían sido constituidas a través de un tratado intergubernamental, por lo cual presentaban como nota definitoria el no ser entidades gubernamentales.[21]

No obstante, esa definición en negativo sigue siendo la más utilizada en el sector no gubernamental, aunque son muchas las voces que sugieren la conveniencia de una definición en positivo, por la ventaja que supondría no sólo para la delimitación precisa de a qué entidades se les puede aplicar el concepto, sino también para delimitar la naturaleza jurídica que hay detrás de la entidad y otorgarle una personalidad jurídica suficiente y adecuada al tipo de trabajo que realiza.[22] Esta personalidad sería espe-

---

[18] Las ONG se expandieron desde su reducto original en el Ecosoc hacia los diferentes organismos dependientes de la estructura principal de las Naciones Unidas.

[19] Como ejemplo, el grupo de ONG que ha impulsado la creación de la Corte Penal Internacional.

[20] C. Teijo García: "Redes transnacionales de participación ciudadana y ONG: alcance y sentido de la sociedad civil internacional", en M. Revilla Blanco (ed.): *Las ONG y la política*, Madrid: Istmo, 2002, pp. 172-247.

[21] Una característica, la desvinculación del aparato estatal, que finalmente les ha servido para ganarse el reconocimiento y el prestigio, pues de ellas se presume, al menos en principio, la independencia estatal. Véase K. Martens: *NGOs and the United Nations: institutionalization, professionalization and adaptation*, Nueva York: Palgrave Macmillan, 2005, pp. 67 ss.

[22] Como Ribera y Ayuso han señalado: "el término ONG tiene su origen en el sistema de las Naciones Unidas y su significado es de una gran amplitud ya que incluye cualquier organismo de servicio con finalidad no lucrativa, pero habitualmente vienen utilizándose estas siglas para las que trabajan en el campo del desarrollo, los Derechos Humanos y el medio ambiente." Cit. J. Ribera y A.

cialmente necesaria en sectores vitales como derechos humanos, cooperación al desarrollo, derecho humanitario y medio ambiente.[23]

Vemos pues que, ya desde sus orígenes, la ONU tomó en consideración a las organizaciones no gubernamentales, pero con el tiempo el papel de las organizaciones de la sociedad civil ha ido en aumento.[24] En un principio su tarea principal se centraba en la participación en las actividades de información y educación sobre las actividades promovidas por las Naciones Unidas, como lo demuestra el hecho de que, desde sus orígenes, el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas cuenta con una sección de ONG, creada por recomendación de la resolución 13 (I) de la Asamblea General, de 13 de febrero de 1946.[25]

En los años sesenta la intervención de las ONG fue cada vez más activa y visible, ya que participaron en audiencias y procesos de diálogo con los gobiernos, pero limitadas por el contexto político de la Guerra Fría, que convertía a su país de origen en señal de sus tendencias políticas.[26] Como consecuencia de ese clima de sospecha se promulgó la resolución 1296 (XLIV), de 23 de mayo de 1968, en la cual se estableció el requisito de que las organizaciones consultivas que desearan mantener ese estatus presentaran informes periódicos sobre sus actividades, se definió el mecanismo pertinente para retirar dicho estatus a las entidades que incumpliesen las condiciones señaladas, y se orientó la línea de trabajo de estas entidades hacia un nuevo campo, el de la cooperación con los países en vías de desarrollo, para de ese modo alejarlas de los problemas políticos que implicaba el enfrentamiento de los dos bloques.

Importante fue la participación de las ONG en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968 y en la Conferencia sobre Medio Humano de 1972. A partir de entonces la ONU incrementó su contacto con las ONG que trabajaban en materias de especial interés para la organización y que, al mismo tiempo, movían los intereses de grupos específicos de la sociedad civil representados ahora a través de las distintas ONG que empezaban a surgir en todos los países: medio ambiente, mujer,

---

Ayuso: "Cooperación para el desarrollo en la posguerra fría", en *Tiempo de Paz,* n.º 31, invierno 1994, p. 54. También D. Otto: "Non-governmental Organisations in the United Nation's System: the Emerging Role of International Civil Society", en *Human Rights Quarterly,* n.º 18, Baltimore, 1996, pp. 107-144.

[23] R. Ranjeva: "Les ONG et la mise en oeuvre du Droit international", en *Recueil des Cours de l´Academie de Droit International de la Haye,* tomo 270, 1997, pp. 11-105.

[24] En 1946 había 41 ONG con estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social; para el año 1992 ese número había ascendido a 700, y en la actualidad llega casi a las 3000.

[25] Aunque los orígenes de la intervención de las ONG (o de las organizaciones de la sociedad civil en general) ante la comunidad internacional son previos a la constitución de la ON. Para mayor abundamiento sobre esta cuestión, véase S. Charnovitz: "Two centuries of Participation: NGOs and International Governance", en *Michigan Journal of International Law,* vol. 18, n.º 2, 1997, pp. 183-286.

[26] H. Cullen y K. Morrow: "International civil society in international law: the growth of NGO participation", en *Non-State Actors and International Law,* vol. 1, n.º 1, 2001, pp. 7-39.

lucha contra el *apartheid*, ayuda alimenticia, infancia, etcétera. Las ONG demostraron que podían desarrollar responsablemente una función de socias en las actividades y operaciones de respuesta humanitaria impulsadas desde las Naciones Unidas.[27]

En los años noventa se incrementó considerablemente la participación de las organizaciones no gubernamentales en todas las actividades de las Naciones Unidas, especialmente en el ámbito de las conferencias internacionales impulsadas por la organización. En ese contexto las ONG mostraron una vez más sus mayores potenciales: impulsar y promover espacios para el intercambio de opiniones, formular políticas y soluciones alternativas a los problemas de la sociedad, y desempeñar un papel como grupos de presión y participación política cada vez más y mejor definido. La sociedad civil ha encontrado en las ONG a unos mediadores/interlocutores con las grandes organizaciones internacionales; la cumbre de Rio de Janeiro en 1992 fue buen ejemplo de ello. Con el nivel de participación que las ONG habían alcanzado dentro del organigrama de las Naciones Unidas, se hacía necesaria una reforma en el sistema.

2.1. ONG y el Consejo Económico y Social

En ese contexto histórico-jurídico debemos enmarcar la resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social,[28] en la cual se establecieron acuerdos específicos para otorgar y retirar estatus consultivo a las ONG, al tiempo que se creó una clasificación interna de ONG con estatus más o menos amplio. Las organizaciones que deseen recibir ese estatus consultivo han de tener un período de vida no inferior a dos años, contar con una sede principal y una dirección organizativa para su gestión, un sistema democrático en la adopción interna de decisiones, una estructura representativa, adecuados sistemas para rendir cuentas a sus miembros y una gran transparencia en el proceso de toma de decisiones. Al considerar el establecimiento de relaciones consultivas con una organización no gubernamental, el Consejo tendrá en cuenta si el campo de actividad de la organización corresponde total o parcialmente al de un organismo especializado, y si se la puede o no admitir cuando tenga o pueda tener un arreglo consultivo con un organismo especializado.[29]

---

[27] Por todo ello, en 1994 el secretario general de esta organización señalaba: "[…] que las organizaciones no gubernamentales son una forma fundamental de participación popular en el mundo actual y que su participación en las organizaciones internacionales es de alguna manera una garantía de su legitimidad política, que las Naciones Unidas no son solamente un foro de Estados soberanos, y que las ONG ya se consideran participantes plenos de la vida internacional". Boutros Boutros-Gali, en su *Agenda para el desarrollo*, al recomendar una más estrecha relación de consulta y colaboración entre las Naciones Unidas y las ONG.

[28] Aprobada en la 49.ª sesión plenaria del Ecosoc, el 25 de julio de 1996.

[29] Para conocer con más detalle la interacción entre las ONG y las Naciones Unidas véase P. Willets: *The UN System and NGOs: new relationship for a new era?*, Repport of the twenty-fifth United Nations Issues Conference, Muscatine: Stanley Foundation, 1999, pp. 23 ss; y también "NGOs and the United Nations, en *Global Policy Forum*, ‹www.globalpolicy.org›.

Las categorías creadas por esta resolución son tres: estatus consultivo general, especial, y organizaciones de la lista Roster. Las organizaciones que tengan interés en la mayoría de las actividades del Consejo y de sus órganos subsidiarios podrán ser reconocidas como entidades de carácter consultivo general. Para ello deberán demostrar, a satisfacción del Consejo, que pueden hacer contribuciones sustantivas y continuas al logro de los objetivos de las Naciones Unidas y que están estrechamente relacionadas con la vida económica y social de los pueblos de las zonas que representan. Además, deberán tener un número considerable de miembros y ser ampliamente representativas de importantes sectores de la sociedad en un gran número de países de diferentes regiones del mundo.

Las organizaciones que tengan particular competencia y se interesen especialmente en sólo algunas esferas de actividad del Consejo y de sus órganos subsidiarios, y que sean conocidas en las esferas en que tengan o pretendan tener carácter consultivo, podrán ser reconocidas como entidades de carácter consultivo especial. Las restantes se incorporarán a la lista Roster.[30]

La capacidad de trabajo que ese estatus consultivo general o especial (aunque éste con más limitaciones) ofrece a las ONG comprende la posibilidad de asistir a las sesiones del Consejo, presentar exposiciones por escrito y realizar contribuciones orales durante las reuniones. Estas técnicas de trabajo se aplican también a las comisiones y a otros órganos subsidiarios del Consejo Económico y Social.

La resolución 1996/31 no se agota en este punto: también establece la dinámica de trabajo de las ONG en las conferencias internacionales convocadas por la ONU, así como en su proceso preparatorio. Se trata sin lugar a dudas de una faceta de especial interés para las ONG, que pueden de este modo desarrollar su potencialidad como impulsoras de propuestas y proyectos al más alto nivel, participando no sólo en las sesiones, sino también en la preparación de las conferencias internacionales que la ONU auspicia.[31] De ahí que la obtención de ese estatus consultivo ante la organiza-

---

[30] Que comprende a aquellas organizaciones que no estén reconocidas como entidades consultivas de carácter general o especial, pero que a juicio del Consejo o del secretario general, en consulta con el Consejo o su Comité Encargado de las Organizaciones no Gubernamentales, puedan hacer contribuciones ocasionales y útiles a la labor del Consejo, de sus órganos subsidiarios u otros órganos de las Naciones Unidas, sobre determinadas cuestiones dentro de su competencia, se incluirán en un repertorio que se denominará *la lista*. Dicha *lista* podrá incluir, además, organizaciones reconocidas como entidades consultivas o que tengan una relación análoga con un organismo especializado o un órgano de las Naciones Unidas. Dichas organizaciones podrán consultarse a petición del Consejo o de sus órganos subsidiarios. El hecho de que una organización figure en la *lista* no bastará como calificación para su reconocimiento como entidad consultiva general o especializada, si una organización solicitara esa condición.

[31] P. Willets: "From 'Consultative Arrangements' to 'Partnership': The Changing Estatus of NGOs in Diplomacy at the UN", en *Global Governance*, vol. 6, n.º 2, abril-junio 2000, cf. pp. 202 y ss., pp. 191-212.

ción sea una carta de presentación de especial significación para las ONG internacionales que se mueven en el terreno de los derechos humanos, la cooperación para el desarrollo y la protección del medio ambiente, entre otros campos[32] de gran repercusión en la política internacional —de ahí la importancia del papel que como grupos de presión política desarrollan estas organizaciones.

El estatuto consultivo es el principal instrumento jurídico de que se pueden valer las ONG que desean intervenir en el proceso de toma de decisiones en el seno de las Naciones Unidas, con las limitaciones y formalidades que en él se establecen. Las solicitudes de estatuto consultivo se presentan ante el Comité de ONG, órgano dependiente del CES, creado por resolución del CES 3(II) de 21 de junio de 1946 —ya en los comienzos de la acción de las Naciones Unidas se constata la preocupación por crear un espacio de acción a las organizaciones de la sociedad civil—. Está compuesto de 19 miembros, elegidos con criterios de equitativa representación geográfica.[33] Otras funciones del Comité son recibir y verificar los informes que cada cuatro años deben presentar las ONG que disfrutan de estatus consultivo general o especial, y la de desarrollar y aplicar la resolución 1996/31.[34]

De este modo se constata la importancia del CES en el entramado de relaciones que la ONU mantiene con la sociedad civil, en especial a través de la representación que de ésta hacen las ONG. Pero desde fechas recientes los sistemas de interacción ONU-ONG se han mostrado insuficientes y la organización internacional ha mostra-

---

[32] Como señalan D. Otto: "Nongovernmental Organizations in the United Nations System: the emerging role of international civil society", en *Human Rights Quarterly,* vol. 18, 1996, pp. 107-141 (123 ss.), y P. Willets (ed.): *The Conscience of the World. The Influence of Non-Governmental Organisations in the UN System,* Washington: Brookings Institution, 1996, pp. 31- 62.

[33] J. D. Aston: "The UN Committee on Non-Governmental Organizations: Guarding the Entrance to a Politically Divéaseed House", en *European Journal of International Law,* vol. 12, n.º 5, 2001, pp. 943-962.

[34] Las formalidades para que una ONG reciba ese codiciado estatus consultivo ante el CES comienzan con la presentación de una carta a la Secretaría del CES en nombre del presidente o secretario general de la organización. Recibida la carta en la sección de ONG del CES, se comunica a la ONG que debe llenar un cuestionario (en inglés o francés) con toda la información que permita conocer su trabajo y la relevancia que tiene para el CES (y para la ONU), cuestionario que el Comité de ONG debe recibir antes del 1 de junio del año en curso si es que la ONG desea que su petición de estatuto consultivo sea examinada en ese período de sesiones. En ese momento, entre la fecha de entrega del cuestionario y la fecha de reunión del Comité, la ONG puede ser contactada para cumplimentar información relevante para el estudio de su petición de estatuto consultivo, y se informa a la ONG interesada cuando el Comité ha emitido un informe favorable, aunque la decisión final sobre la concesión o no del estatuto recae en el CES. Concedido el estatuto, la ONG podrá iniciar sus actividades de colaboración y participación en el seno del CES, en mayor o menor medida según el tipo de estatuto que se le haya concedido, y debe recordar que cada cuatro años es preceptiva la presentación de un informe con las actividades y proyectos realizados. Del correcto cumplimento de estos requisitos dependerá que la ONG en cuestión mantenga su estatuto o éste le sea retirado.

do su interés por activar e impulsar de un modo mucho más activo la implicación de la sociedad civil en las actividades de la organización.[35]

Nace así un organismo fundamental, que se ubica dentro de la estructura de trabajo del CES (que era y es el órgano más cualificado para desarrollar las relaciones con las OSC): el Servicio de Enlace de las Naciones Unidas con las ONG, conocido por su sigla en inglés, NGLS. Su misión es promover una colaboración dinámica entre las Naciones Unidas y las ONG ofreciéndoles información, consejo, experiencia y servicios de apoyo. Realiza su trabajo en colaboración con más de 20 agencias y organismos especializados de las Naciones Unidas, y sus oficinas principales están en Ginebra y Nueva York. En sus más de 30 años de historia —fue creado en 1975— ha desarrollado una importante labor, colaborando en la búsqueda de apoyo financiero a los países en vías de desarrollo, preparando conferencias internacionales con la activa presencia y participación de las ONG, e impulsando los principales programas de trabajo de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, ayuda humanitaria, etcétera, mediante la coordinación de las diferentes agencias, programas, fondos y departamentos de la ONU implicados en la materia.

En todo este tiempo, el NGLS se ha servido del instrumento jurídico que le ofrece el CES a través del estatuto consultivo otorgado a las principales ONG que trabajan en campos comunes con la ONU, y por ese motivo no se ha preocupado por crear mecanismos formales y propios de relación con las ONG. Esto nos lleva de nuevo a la importancia que el procedimiento de reconocimiento y registro ante el CES tiene para las ONG que desean entrar al complejo organigrama de la ONU.[36]

2.2. El Consejo de Derechos Humanos

Una vez analizado el papel que las ONG desempeñan en el seno del CES y de su estrecha colaboración con el NGLS, debemos preguntarnos por el papel que se les ha asignado en los restantes órganos de dirección de las Naciones Unidas. Verificamos que con el paso del tiempo y una vez que se ha alcanzado cierto nivel de reconocimiento —e incluso podríamos decir de prestigio— de la labor de las ONG en el seno del CES, los restantes órganos han abierto sus puertas a la participación de estas organizaciones en calidad de representantes de la sociedad civil, con la que la ONU quiere colaborar de forma estrecha.

[35] "El crecimiento inusitado del número de ONG, la multiplicación de sus campos de actuación, el incremento en la relevancia de su actividad, y el reto asumido por las Naciones Unidas en lo que se refiere a la dirección de los todavía débiles mecanismos para la gestión global existentes, han hecho patente, en los últimos veinte años, la obsolescencia del principio que encasilla la relación de las ONG en el estrecho marco de un órgano disminuido dentro del contexto 'onusiano' como es el CES (Consejo Económico y Social)". C. Teijo García: "Redes transnacionales de participación ciudadana y ONG: alcance y sentido de la sociedad civil internacional", en M. Revilla Blanco (ed.): *Las ONG y la política*, Madrid: Istmo, 2002, pp. 172-247 (p. 209).

[36] A. P. James: *NGO access at the UN: a Narrative Account*, ‹www.globalpolicy.org›.

Como ejemplo de esa dinámica de trabajo, en su decisión E/1996/297 el CES recomendó a la Asamblea General la participación de las ONG en todas la áreas de trabajo de la ONU, aprovechando la experiencia acumulada gracias a los arreglos de cooperación entre las ONG y el CES a través de la figura del estatuto consultivo.

Las ONG que colaboran con la Asamblea General de la ONU esperan desde hace ya tiempo que se elabore una resolución similar a la 1996/31 que les otorgue también a ellas un estatuto consultivo específico. No obstante, hasta la fecha este acuerdo sigue pendiente, pues se discute cuál es la fórmula jurídica más conveniente para desarrollar estas relaciones de cooperación. La Asamblea General ha solicitado ya en dos ocasiones al secretario general la elaboración de un estudio detallado sobre las implicaciones que tendrían para el funcionamiento de la AG los cambios que incorporarían a las ONG en su estructura de trabajo.[37] No se ha alcanzado el objetivo y todavía no hay un sistema de acreditación para las ONG que trabajan en colaboración con la AG similar al que desde hace años funciona en el CES, pero sí es importante señalar un importante y reciente avance en esta materia.

La resolución 60/251 de 3 de abril de 2006 ha creado, dentro de la estructura de la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos, que viene a sustituir a la antigua Comisión de Derechos Humanos. En la línea de proteger los principios y objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, reafirmando el convencimiento de que los derechos humanos constituyen valores universales, indivisibles, se recuerda que es competencia de los Estados miembros garantizar y respetar el contenido de esos derechos sin que pueda haber discriminación por motivo alguno, y en ese sentido es necesario que tanto los Estados como las demás organizaciones con relevancia social (organizaciones no gubernamentales, organizaciones regionales, entidades religiosas, medios de difusión, etcétera) se comprometan en el trabajo de este Consejo de Derechos Humanos como antes lo hicieron con el trabajo de la Comisión de Derechos Humanos.

El Consejo, con sede en Ginebra, sustituye a la Comisión desde el mes de junio de 2006, y se convierte de facto en órgano subsidiario de la Asamblea General; el Consejo tiene como objetivo principal ocuparse de las situaciones en que se violen los derechos humanos, y formular recomendaciones ante violaciones graves y sistemáticas, y promover la coordinación eficaz y la incorporación de los derechos humanos en la actividad general del sistema de las Naciones Unidas. Para lograrlo, deberá cooperar estrechamente con los gobiernos, las organizaciones regionales, las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil.[38] Este punto, la intervención y

---

[37] Resolución A/52/L.71 y resolución A/53/L.68.

[38] El Consejo aplicará el reglamento establecido para las comisiones de la Asamblea General. La participación de observadores y la celebración de consultas con observadores, incluidos Estados que no sean miembros del Consejo, los organismos especializados, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos, así como las organizaciones no gubernamentales, deberá estar basada en las disposiciones, en particular la resolución 1996/31 del Consejo Económico y Social, de 25 de julio de 1996, y las prácticas observadas por la Comisión de Derechos Humanos.

colaboración más estrecha con la sociedad civil no es sino muestra de la actual tendencia de la ONU para favorecer su implicación en las actividades de la organización.

2.3. El papel de la sociedad civil ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Al igual que sucedía con la Asamblea General, el acceso de las organizaciones de la sociedad civil al interior del Consejo de Seguridad[39] no sólo está limitado sino casi prohibido, dadas las especiales y relevantes funciones que este órgano desempeña en las tareas de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.[40] No obstante, algunas ONG que trabajan en temas comunes con el CS se reunieron en 1995 en Nueva York para organizar el Working Group on the Security Council. Su método de trabajo —dada la imposibilidad de acceder a una colaboración más estrecha o directa en el seno del CS a través de instrumentos jurídicos como los del estatuto consultivo— consiste en organizar cada semana reuniones informales con al menos uno de los embajadores presentes en el Consejo de Seguridad. Reuniones que en ocasiones también incluyen a altos cargos de la ONU.

Dado que en numerosas ocasiones las decisiones del CS afectan directamente a alguno de los intereses de las ONG que conforman el grupo de trabajo, éstas pueden ofrecer su experiencia e información para influir en la toma de decisiones. Especial interés presenta su trabajo en situaciones relativas a las violaciones sistemáticas de derechos humanos, crisis de emergencia y derecho humanitario. En ese sentido es importante destacar que los miembros del CS han comprobado la valiosa información que pueden ofrecer estas ONG —que en muchos casos están vinculadas con los programas de trabajo de la ONU— para mejorar el proceso de toma de decisiones sobre dichas situaciones de crisis.

La actividad del grupo de trabajo se incrementó en 1997 —también el número de entidades que lo conformaban—,[41] cuando el presidente del CS empezó a reunirse formalmente con estas ONG, a lo que ayuda el hecho de que los mecanismos de

---

[39] En adelante, CS.

[40] Willets: *The UN System…*, o. cit., p. 45.

[41] En la actualidad son 30 las ONG que conforman el Grupo de Trabajo para el CS: United Methodist Office for the UN, Mennonite Central Committee, Save the Children, World Council of Church, Refugees International, Lawyer's Committee for Nuclear Policy, International Peace Academy, Saferworld, World Federalist Movement, Médecins Sans Frontières, International Service for Human Rights, Physicians for Human Rights, Lutheran Office for World Community, Jacob Blanstein Institute for Human Rights, Human Rights Watch, Quaker UN Office, Care International, World Vision, Coalition for the International Criminal Court, NGO Committee on Disarmament, International Rescue Committee, Global Policy Forum, Franciscans International, OXFAM International, Women's International League for Peace and Freedom, Amnesty International, Hague Appeal for Peace, Security Council Report, Women's Environment and Development Organization, Presbyterian UN Office.

trabajo siempre son *off-the-record*. A ello debe añadirse la fórmula Arria,[42] que comprende la organización de desayunos de trabajo para sugerir temas y posiciones a los miembros del CS.[43]

No podemos equiparar esta fórmula de trabajo con la relevancia que tiene el trabajo de las ONG con estatuto consultivo ante el CES, pero cada una en su medida, y en atención a la relevancia y urgencia de los temas tratados por estos órganos principales de la estructura de las Naciones Unidas, debe ser valorada de forma muy positiva.

3. Las ONG y otros organismos dependientes de las Naciones Unidas

Pero las Naciones Unidas son una estructura supranacional altamente compleja, de la que la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Secretaría General son sólo los órganos principales. Junto con ellos encontramos un nutrido grupo de organismos especializados, comisiones orgánicas, institutos de investigación y capacitación, programas y organismos que conforman una estructura de trabajo de alta complejidad.[44]

Pues bien, en esa compleja estructura también hay un importante lugar para la labor de las organizaciones de la sociedad civil, esencialmente a través de la representación que de ella realizan las ONG. Así, la FAO, fundada en 1945, colabora desde sus primeros tiempos[45] con las ONG en sectores tan importantes como la seguridad alimentaria, las políticas agrarias, el desarrollo rural sostenible, medioambiente y desarrollo, respuesta a situaciones de emergencia, etcétera. En el momento actual esa colaboración se está volviendo cada vez más estrecha, hasta el punto de que algunas de las políticas y proyectos de la FAO antes canalizados a través de los gobiernos son manejados ahora en cooperación con las OSC.

También la Agencia Internacional para la Energía Atómica, creada en 1957, mantiene una estrecha colaboración con las ONG, 19 de las cuales tienen reconocido estatuto consultivo ante la agencia y otras 20 mantienen un estatus de observadoras. En similares términos se maneja la Organización Internacional del Trabajo,[46] que ha creado una lista de OSC con criterios de acceso similares, aunque no idénticos, a los del estatus consultivo ante el CES, que permiten a las ONG interesadas participar en las actividades del organismo.

---

[42] Introducida en 1999 por el que había sido embajador de Venezuela.

[43] Esta fórmula ayudó a proponer la Resolución 1325 sobre Mujeres, Paz y Seguridad el 31 de octubre de 2000.

[44] Para mayor detalle sobre esta estructura véase M. Díez De Velasco: *Las organizaciones internacionales*, 13.ª ed, Madrid: Tecnos, 2003, pp. 341 ss.

[45] Ya en 1959, en su Conferencia Internacional, inició campañas contra el hambre que implicaron a la sociedad civil y a las ONG del momento.

[46] Creada en 1919 por el Tratado de Versalles como institución autónoma asociada a la Sociedad de las Naciones, desde 1946 se convirtió en la primera agencia especializada de la ONU:

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, creada en 1993 siguiendo las recomendaciones de la Declaración de Viena, es uno de los órganos especializados de la ONU que más estrechamente colabora con las ONG, especialmente con aquellas que han hecho de la protección de los derechos humanos su campo de trabajo. La Oficina forma parte de la estructura de la Secretaría de las Naciones Unidas; por ese motivo las relaciones con las ONG se pueden canalizar a través del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales,[47] y así las ONG que hayan obtenido estatus consultivo, general o especial ante el CES pueden participar como observadores en las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos.

En ese mismo sentido, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), establecido en 1965, constituye actualmente la mayor organización multilateral para la cooperación, y en esa tarea, desde hace más de 25 años, intervienen de forma muy activa las OSC. Sin ellas como contrapartes necesarias sería en muchas ocasiones impensable llevar a cabo los proyectos que la ONU emprende en esta materia. Otra organización de la ONU que no podría operar es la Organización Mundial de la Salud, que cuenta con una larga tradición de colaboración con las OSC desde su creación, en 1945; por ese motivo, el artículo 71 de su constitución ya prevé la posibilidad de establecer relaciones de cooperación mutuas entre la organización y las ONG.[48]

Hemos mencionado algunas de las agencias y organismos especializados dentro de la ONU que consideran a las ONG como importantes aliadas, pero no son los únicos,[49] ni tampoco el ámbito de esta organización supranacional es el único en el que se mueven las ONG. Éstas encuentran métodos para relacionarse con otras organizaciones internacionales también a nivel regional.

---

[47] Secretaría del CES.

[48] El número de ONG que trabajan actualmente en colaboración con la Organización es de aproximadamente 200.

[49] Como muestra basta enumerar algunas de las entidades especializadas de las Naciones Unidas que colaboran estrechamente con las OSC: el Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola, el Centro de Comercio Internacional, la Oficina de las Naciones Unidas para el Control de la Drogadicción y la Prevención del Crimen, el Programa de las Naciones Unidas para la Lucha contra el Sida, el Fondo de las Naciones Unidas para la Inversión y el Desarrollo, el Programa Hábitat, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Unesco, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados, Unicef, Unifem, el Instituto de las Naciones Unidas para la Formación y la Investigación, el Instituto de Investigación de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, la Universidad de las Naciones Unidas, la Organización de Voluntarios de las Naciones Unidas, el Programa Mundial contra el Hambre, la Organización Mundial de la Salud, la Convención para la Diversidad Biológica, CITES, la Convención de las Naciones Unidas para combatir la Sequía y la Desertificación, la Convención sobre el Cambio Climático.

4. Las ONG y el Consejo de Europa

La relación entre el Consejo de Europa[50] y las ONG tiene sus raíces en la propia esencia del Consejo, y es que dentro del espíritu nuevo que alienta sus actividades las ONG desempeñan un papel fundamental. Por eso, desde sus inicios el CoE ha tomado en consideración la opinión y el trabajo de estas entidades, al adoptar en 1951 una resolución sobre el estatus consultivo que las ONG pueden disfrutar dentro de los asuntos competencia del CoE. Esta disposición fue seguida en 1954 por una serie de líneas maestras con vistas a conceder dicho estatus consultivo, y posteriormente, en 1972, el Comité de Ministros adoptó la resolución (72)35, que contiene una serie de normas o reglas con relación a las relaciones que se establecerían entre el Consejo y las ONG, independientemente de si disfrutan o no de dicho estatus.

El Comité de Ministros, al advertir la necesidad de un instrumento jurídico de validez internacional para facilitar las actividades de las ONG en ese nivel, encargó en 1981 a un comité de expertos (a propuesta del Comité Europeo en Cooperación Legal) estudiar la posibilidad de una acción intergubernamental en este campo. Tomando dicho informe como base, se encargó a un nuevo grupo de expertos en organizaciones internacionales no gubernamentales el trabajo de elaborar un instrumento apropiado sobre ONG.

Después de tres reuniones de dicho comité, en 1982 y 1983, se presentó un proyecto de la Convención Europea sobre el Reconocimiento de la Personalidad Legal de las Organizaciones Internacionales no Gubernamentales, para que fuera examinado por el Comité Europeo de Cooperación Legal. Este proyecto fue aprobado tras algunas enmiendas y adoptado por el Comité de Ministros el 24 de octubre de 1985. Se presentó en Estrasburgo para la firma de los diferentes Estados, el 24 de abril de 1986, como la Convención 124 del CoE. Esta convención entró en vigor el 1 de enero de 1991, pero a finales de 2006 sólo la han firmado diez Estados miembros[51] y la han ratificado nueve, de modo que su eficacia real se ha visto seriamente menoscabada.[52]

En ese orden de cosas, ha sido necesario poner al día las reglas de cooperación entre el CoE y las ONG, a través de la resolución 93(38) que establece las relaciones entre el Consejo y las ONG.[53] Son muchas las consecuencias beneficiosas que se pueden extraer de este procedimiento de colaboración. Gracias a la concesión de ese estatus consultivo, las ONG adquieren cierta relevancia, una posición definida legalmente dentro del organigrama del CoE, con el beneficio que ello trae para el desarrollo

---

[50] En adelante, CoE.

[51] Reino Unido, Macedonia, Suiza, Eslovenia, Portugal, Grecia, Francia, Bélgica, Austria, Azerbaiján.

[52] Para mayor detalle sobre la Convención 124 véase J. M. Sobrino Heredia: "La determinación de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales no gubernamentales: contribución del Consejo de Europa", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII, 1990, pp. 101-124.

[53] Resolución adoptada por el Comité de Ministros el 18 de octubre de 1993.

y la potenciación de la labor de ambos. Ejemplos de esos efectos beneficiosos son, por ejemplo, los avances en los países del Este de Europa hacia el crecimiento y desarrollo de una sociedad civil que ha estado apagada durante largo tiempo. Es de especial importancia la labor que el CoE está desarrollando últimamente en ese campo en colaboración con las organizaciones no gubernamentales que tienen reconocido su estatus ante él.[54]

Actualmente son 370 las ONG que disfrutan estatus consultivo ante el CoE. Han creado 10 grupos de trabajo que se reúnen dos o tres veces al año durante las sesiones de la Asamblea Parlamentaria. Tienen reuniones frecuentes con el Comité de Enlace que se encarga de coordinar esa colaboración entre las ONG y el CoE. Esa colaboración puede limitarse a la simple consulta o puede implicar también la realización de proyectos conjuntos, preparar memorandos para la Secretaría General, hacer informes orales o escritos, organizar seminarios, etcétera

La tendencia actual en el seno del CoE, al igual que sucede dentro de las Naciones Unidas, es la de fortalecer a la sociedad civil, y ello se está logrando a través de mecanismos como los programas de cooperación, que se componen de varios elementos: medidas de fortalecimiento de la sociedad civil,[55] programas de liderazgo democrático,[56] apoyo a las iniciativas de la sociedad civil.[57] Subsiste como problema de fondo, sin embargo, la carencia de un mecanismo legal que permita desarrollar todo el potencial de cooperación entre el CoE y las ONG, tarea que debería desempeñar la Convención 124, pero que por su escaso número de ratificaciones no alcanzará una verdadera implantación entre los Estados miembros. Por ese motivo se ha puesto en marcha la elaboración de una Carta sobre el Estatuto Legal de las ONG, que tratará, entre otros aspectos, cuestiones como su personalidad jurídica, estatutos, organización y funcionamiento, financiación, transparencia y control.

Es de gran importancia lograr un instrumento jurídico que canalice la contribución de las ONG en el seno del CoE dadas las falencias de la Convención 124, porque las ONG que trabajan con el CoE lo hacen en temas de especial relevancia, tales como los trabajos conjuntos con jueces armenios para tratar el contenido y la aplicación de artículos específicos de la Convención Europea de Derechos Humanos, seminarios sobre la protección de los derechos humanos en el sistema penitenciario ruso, promoción de la figura del ombudsman europeo en cada una de las 89 regiones de la

---

[54] *NGOs and the Human Rights work at the Council of Europe*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 1998 (H [98] 12).

[55] Tienen como objetivo promover la tolerancia y el entendimiento y limitar las posibles tensiones entre comunidades, a través de la implementación de proyectos con organizaciones de base directamente involucradas en los trabajos de campo.

[56] Que ofrecen a la juventud una oportunidad para involucrarse en la actividad política, a fin de que desarrollen las habilidades necesarias en este terreno.

[57] Programa enfocado en el refuerzo de las actividades de las ONG en cooperación con las autoridades públicas.

Federación Rusa, tareas de información a los medios de comunicación sobre alguna de las políticas del CoE, campañas conjuntas CoE-ONG para la abolición de la pena de muerte —que han tenido éxito en Ucrania—, tareas de cooperación y asistencia, preparación y redacción de muchos documentos del CoE —incluyendo la Convención Europea para la Prevención de la Tortura o la Convención Europea sobre Cultura—. Han impulsado además a muchos gobiernos a ratificar estos instrumentos jurídicos internacionales —como en el caso de las Convención para la Protección de las Minorías Nacionales—, y controlan y vigilan el cumplimiento y la aplicación de muchas de las normas elaboradas con el Consejo.

En el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos —a diferencia de lo que sucede en el sistema interamericano—, las ONG sólo pueden presentar demandas si ellas mismas han sido víctimas de la violación de alguno de sus artículos, pero cumplen también una labor esencial ofreciendo ayuda legal o representación a las personas que desean presentar sus demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.[58] En la actualidad, un gran número de los casos que llegan al Tribunal lo hacen gracias a la labor de las ONG de protección de los derechos humanos que operan en el territorio de los países miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos.[59]

Ya en el marco de un sistema convencional de protección como el establecido en la Carta Social Europea, cabe señalar que todas las ONG tienen la posibilidad de presentar información sobre la violación, en alguno de los Estados miembros, de uno o más de los derechos garantizados en ese documento. Las ONG pueden también ser consultadas por el Comité Intergubernamental en temas en los que ellas resultan especialmente competentes. Estamos pues ante un campo de múltiples posibilidades, en el que la acción conjunta es fundamental para ambas partes. Por ese motivo se hace necesario mejorar los mecanismos jurídicos que estructuran esta cooperación, a fin de que pueda desplegar todo su potencial.[60] Finalmente, antes de abandonar el sistema

---

[58] Ahora, tras la reforma incorporada por el Protocolo 11, el artículo 36,2 de la CEDH establece que, por invitación del presidente de la Corte, un tercero que no es el demandante puede intervenir ante el Tribunal. Para mayor detalle sobre el tema véase O. De Schutter: "Sur l'émergence de la société civile en droit international: le rôle des associations devant la Cour européenne de droits de l'homme", en *The European Journal of International Law,* vol. 8, 1997, pp. 372-405.

[59] Como ejemplo se puede constatar que las más recientes sentencias del Tribunal han nacido de demandas presentas por diferentes ONG ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos: caso *Isayena v. Rusia,* de 24 de febrero de 2005; caso *Mikheyer v. Rusia,* de 26 de enero de 2006; caso *Ysayeva, Yusupova y Bazayev v. Rusia,* de 24 de febrero de 2005; caso *Khashiyev y Akayeva v. Rusia,* de 24 de febrero de 2005; *caso Christian Democratic's People Party v. Moldova,* de 14 de febrero de 2006; caso *Bazorkina v. Rusia,* de 27 de julio de 2006; caso *Romanov v. Rusia,* de 20 de octubre de 2005, entre otros muchos.

[60] Véase. R. Ranjeva: "Les organisations non gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1997, pp. 9-106.

europeo no podemos dejar de mencionar el avance que en fechas recientes se ha producido en el seno de otro tribunal que opera en la región, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que sin componer un verdadero sistema de protección de los derechos humanos ha desarrollado con el tiempo una línea jurisprudencial muy interesante en esta materia. Pues bien, en esa limitada acción protectora de tipo pretoriano que tiene el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas encontramos una cada vez más numerosa presencia de ONG que actúan como demandantes.[61]

5. La OEA y la sociedad civil

5.1. Las OSC en el trabajo de la OEA

El panamericanismo —fenómeno político cuyo origen se remonta a los inicios de los movimientos de independencia— ha inspirado las actividades de la OEA desde su creación, y ha fortalecido el papel de esta organización supranacional como promotora de la democracia, trabajo en el que la participación de la sociedad civil se hace especialmente relevante.[62] De hecho, una de las líneas políticas de trabajo de la OEA incide directamente en ese aspecto: el fortalecimiento de la democracia en los países miembros de la organización a través del impulso de organizaciones de la sociedad civil que trabajan en ellos.[63] Por ese motivo, y a diferencia de lo que hemos visto en otras organizaciones supranacionales, la OEA no sólo tiene una línea de trabajo orientada hacia la promoción de las OSC, sino que el sistema interamericano de protección de los de derechos humanos cuenta con un amplio sistema de intervención de estas organizaciones como *amicus curiae*.[64]

En el momento actual, la intervención de las OSC ante la OEA está regulada por la resolución 759 del Consejo Permanente, emitida el 15 de diciembre de 1999. En este documento se define a las OSC como "toda institución, organización o entidad nacional o internacional integrada por personas naturales o jurídicas de carácter no gubernamental". Definición amplia que, como se ve, engloba el concepto ONG pero

---

[61] Casos que afectan materias como la protección del medio ambiente, la protección de los animales, la asistencia a las víctimas y a los refugiados en procesos de guerra, etcétera. Para mayor abundamiento sobre estos temas véase H. Ascensio: "L'amicus curiae devant les juridictions internationales", en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 105, Af. 4. 2001/5, pp. 897-929.

[62] R. Feinberg, C. H. Waisman y L. Zamosc: *Civil society and democracy in Latin America*, Nueva York: Macmillan, 2006, p. 44.

[63] T. Van Boven: "The Role of Non-Governmental Organizations in International Human Rights Standard-Setting: A Prerequisite of Democracy", en *California Western International Law Journal*. vol. 20, 1990, pp. 207-224.

[64] Véase el trabajo de M. Pinto en T. Treves (ed.): *Civil society, international courts, and compliance bodies*, Nueva York: Cambridge University Press, 2006.

lo supera, en lo que es tendencia actual en la doctrina especializada sobre participación de la sociedad civil.[65]

Para que estas organizaciones puedan participar en las actividades de la OEA es preciso que cumplan un requisito fundamental: estar registradas. Para ello deberán dirigir al secretario general de la organización una comunicación con la correspondiente solicitud.[66] A continuación el secretario general remitirá este documento a la Comisión, la cual analizará la petición y la remitirá al Consejo Permanente, a fin de que éste adopte la decisión. Una vez registradas, las OSC se comprometen a atender las consultas que les formulen los órganos, organismos y entidades de la OEA y a prestarles la asesoría que soliciten, a difundir entre sus miembros información sobre las actividades de la OEA y a presentar a la Secretaría General, antes del 31 de diciembre de cada año, un informe que incluya un resumen ejecutivo sobre su participación en las actividades de la OEA, así como su situación financiera y las actividades que va a desarrollar en el año siguiente.

Estas organizaciones registradas podrán participar en las reuniones públicas del Consejo Permanente, del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral y de sus órganos subsidiarios; podrán presentar documentos escritos sobre cuestiones del orden del día, obtener acceso fácil y directo a la información sobre los documentos de trabajo de la OEA, formular comentarios y sugerencias sobre la aplicación de las resoluciones de la OEA, y en los grupos especializados podrán presentar, con previa autorización, una declaración y distribuirla a los Estados miembros para su consideración. No se trata de actividades que de forma directa puedan cambiar el contenido de las resoluciones y documentos emanados de la organización; su propósito es más modesto, pero cumplen una importante función de reconstrucción política o *lobby*. Hasta el 15 de junio de 2006 se habían registrado 171 OSC ante la OEA. No obstante, aunque el trabajo de promoción y las actividades de colaboración con la OEA son de gran importancia, la presencia de las OSC ante los órganos políticos del sistema interamericano no deja de ser testimonial, una presencia que tiene como objetivo forzar, proponer, impulsar alguna línea política de lucha contra las desigualdades y mejorar la situación de la sociedad civil en el continente. Es sin lugar a dudas en la esfera jurídica, ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, donde las OSC han desarrollado su mayor potencial.

---

[65] De tal modo que quedan así incluidas las ONG, las instituciones académicas, el sector privado, los grupos religiosos, las asociaciones profesionales, entre otros grupos representativos del panorama asociativo de la sociedad civil.

[66] En dicha solicitud deberá hacerse mención al nombre o razón social, dirección, lugar y fecha de la constitución de la organización, así como los nombres de sus miembros directivos y representantes legales, sus principales áreas de trabajo y su relación con las actividades de la OEA, y las razones por las que considera que su colaboración puede ser una aportación interesante para el trabajo de la OEA. Asimismo, debe identificar en qué áreas de trabajo se desarrollarán sus proyectos, y presentar una serie de documentos como su acta constitutiva, los estatutos de la asociación, el informe anual más reciente y su declaración de misión institucional.

5.2. Las OSC ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Las organizaciones de la sociedad civil han desempeñado un papel principal en el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Su labor de representación de las víctimas de violaciones de los derechos reconocidos se ha convertido en una pieza fundamental del sistema.[67] Ha sido necesario evolucionar desde una etapa inicial de aproximación y contacto entre las OSC y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para en un segundo momento llevar adelante una política de entendimiento —dada la necesidad de colaboración mutua— y finalmente avanzar hacia el perfeccionamiento de un sistema de trabajo que permite coordinar actividades y aunar esfuerzos en orden a los objetivos comunes. Protección de los derechos humanos, promoción de la democracia como sistema de gobierno, lucha contra las desiguales condiciones sociales y económicas, favorecer los derechos de las minorías étnicas, de los grupos discriminados, de mujeres, niños y grupos indígenas son sólo algunos de esos asuntos.

De ese modo podemos apuntar que han sido las ONG (u OSC) las que, como peticionarias o como asesoras, han sido responsables de la mayor parte de los litigios presentados ante la Comisión.[68] Han desarrollado una labor esencial no sólo en las tareas de asistencia técnica y representación de las víctimas, sino también en el desarrollo de aspectos específicos del derecho internacional y del derecho interamericano.[69] La intervención de las ONG en el sistema ha promovido la discusión sobre los estándares de la protección de la libertad de expresión, de los derechos de los niños, de la no discriminación; ha sensibilizado a la sociedad sobre la promoción de los derechos humanos y ha denunciado los ataques hacia el sistema. En definitiva, estas organizaciones se han convertido en sólidas impulsoras de los procesos de democratización de los sistemas políticos de los Estados miembros, garantizando, como primer elemento, una efectiva protección de los derechos humanos.[70]

---

[67] Véase R. Cuellar: "Participación de la sociedad civil y sistema interamericano de derechos humanos en contexto", en AA. VV.: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del seminario, 23-24 noviembre 1999,* San José de Costa Rica: CIDH, 2003, pp. 349-354.

[68] Haciendo uso del derecho que en tal sentido les reconoce el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al disponer, de modo avanzado frente a otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte".

[69] V. Krsticevic: "El papel de las ONG en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Trámite de los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AA. VV.: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del seminario, 23-24 noviembre 1999,* San José de Costa Rica: CIDH, 2003, pp. 409-410.

[70] Para mayor detalle sobre el papel de las ONG ante los tribunales internacionales véase D. Shelton: "The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings", en *American Journal of International Law,* vol. 88, 1994, pp. 611-625.

No obstante, el principal obstáculo a que se enfrentan las ONG en el sistema interamericano radica e las limitaciones que la Convención Americana establece en materia de legitimación para el envío de los casos a la Corte, puesto que, según dispone su artículo 61.1, "sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte". En ese sentido, la Comisión Interamericana ha venido desarrollando un papel de filtro respecto a la Corte, seleccionando únicamente aquellos casos que por su especial gravedad merecían, según su opinión, ser examinados por el alto tribunal. Limitaciones de tipo presupuestario son las que han provocado esta política restrictiva que ha hecho de la Corte Interamericana un órgano que analiza casi en exclusiva casos de extrema gravedad: violaciones del derecho a la vida, desapariciones forzosas, vulneraciones radicales de los derechos de la defensa o del debido proceso. Ante estas limitaciones procedimentales, las ONG no han tenido otra solución que volcar su acción en las tareas de defensa de las víctimas ante la deficitaria implantación del *ius standi* del peticionario ante la Corte.[71]

6. Valoración final

Llegados a este punto sólo resta realizar una serie de precisiones a modo de conclusión. Se ha tratado de ofrecer de modo excesivamente resumido una síntesis de las potencialidades y limitaciones que enfrentan las organizaciones de la sociedad civil en sus relaciones con los organismos internacionales. Se han dejado grandes temas, como el papel que han tenido las ONG en el impulso definitivo para el establecimiento de la Corte Penal Internacional, o las relaciones que mantienen con el Banco Mundial o con la OCDE, pero razones de orden práctico aconsejaban acotar el presente estudio a los organismos supranacionales de mayor relevancia.

Pues bien, a modo de observaciones o conclusiones finales hemos de señalar cuáles son los puntos débiles y los puntos fuertes del sistema de relaciones que se ha establecido entre los organismos internacionales y las asociaciones no gubernamentales. Comenzando por los elementos positivos debemos destacar los siguientes:

El trabajo en colaboración entre los organismos internacionales y las OSC tiene un efecto beneficioso, pues acerca a la sociedad civil ante estos organismos supranacionales que de otro modo no tomarían conciencia plena de la realidad que rodea a la sociedad civil. El papel de representación que desempeñan las ONG (o las OSC) es por tanto un elemento vital para el fortalecimiento de la sociedad civil, para conocer sus problemas y procurarles solución desde los organismos que manejan la política supranacional.

No obstante, cabe señalar que de poco efecto serán las políticas internacionales de atención a la sociedad civil cuando ésta se desenvuelve en un contexto nacional

---

[71] Para mayor abundamiento sobre esta cuestión véase el voto concurrente del juez Cançado Trindade en el caso *Castillo Petruzzi v. Perú.*

despreocupado de sus problemas reales. De ese modo, la ayuda que viene de las instituciones internacionales corre el grave peligro de convertirse en ayuda asistencial, puntual y aislada, sin que llegue a solucionar los problemas más profundos de esa sociedad.

Por ese motivo es importante que las organizaciones que representan a la sociedad civil sean en verdad organizaciones que atienden a los intereses de las comunidades de base, donde radican las situaciones de mayor urgencia y demanda de intervención. Sin embargo, tal como se encuentra estructurado el sistema de colaboración entre las organizaciones de la sociedad civil y los organismos internacionales, sólo las grandes ONG acceden a tener representación ante las grandes organizaciones internacionales. El sistema de acceso al estatus consultivo ante el CES de las Naciones Unidas es un buen ejemplo de ello, al igual que los restantes modelos de colaboración. No cabe duda de que se trata de ONG/OSC que han cumplido con los estrictos requisitos que exige la organización internacional para tomarla como interlocutora, pero queda la duda de si esa entidad asociativa está en verdad representando los intereses reales de la comunidad de base.

Este tipo de cuestiones nos lleva a plantear una más importante, la que enlaza con la creación de las ONG, ya que las organizaciones internacionales realizan un trámite que se limita a reconocer a entidades ya existentes, creadas con base a los sistemas jurídicos de sus países de origen, entidades asociativas que utilizan las distintas fórmulas que su ordenamiento jurídico ha puesto a su alcance y que se presentan ante ese nivel supranacional una vez constituidas jurídicamente. En ese sentido el sistema de registro o reconocimiento ante las entidades supranacionales no puede suplir las falencias que esas entidades puedan traer consigo desde sus lugares de origen —problemas que en muchas ocasiones nos reenvían a la cuestión de la verdadera transparencia e independencia de las ONG respecto a los sectores tradicionales, público y privado.

En ese sentido es importante que ciertos instrumentos jurídicos, como el elaborado por el CoE para otorgar personalidad jurídica a las ONG, alcancen verdadera implantación y eficacia. Si se lograse implantar un sistema de creación y reconocimiento de las organizaciones de la sociedad civil, sería más sencillo operar con estas entidades evitando suspicacias mutuas. Habrá quien señale que de ese modo se perdería parte de la esencia de estas organizaciones, que es su independencia y libertad, pero se ganaría en seguridad jurídica y en transparencia, puesto que en el momento actual la hipoteca que deben pagar muchas de estas organizaciones —sobre todo aquellas que por carecer de un sistema eficaz de autofinanciación dependen más de la ayuda externa— resta autonomía y eficacia a su trabajo y se convierte en un riesgo potencial para este frágil sistema de colaboración que se ha creado entre las entidades que representan los intereses de la sociedad civil y las grandes organizaciones internacionales.

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 su publicación original.

4. Los artículos serán enviados en formato electrónico (archivo de Word o compatible) por correo electrónico a **ius@kasuy.org**, o bien en disquete a **Plaza Cagancha 1358, of. 804, 11100 Montevideo**, dirigidos a **Gisela Elsner.**

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:

   - Nombre del autor.
   - Título del artículo.
   - Un resumen del artículo (alrededor de 100 palabras).
   - Referencia curricular de hasta 30 palabras, que será presentada en nota a pie de página mediante un asterisco (*) junto al nombre del autor.
   - Dirección electrónica del autor, que se publicará.
   - Los eventuales 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.

7. Para los subtítulos se empleará la numeración decimal (1, 1.1…).

8. Se ruega no utilizar la numeración automática de títulos y apartados, así como tampoco referencias cruzadas, que los programas de diagramación o maquetación no reconocen.

9. El texto puede contener cuadros, pero los gráficos y diagramas se presentarán en archivos separados (de imagen o de planilla electrónica). En el texto se indicará dónde deben insertarse.

10. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. Deberán contener los siguientes elementos:

- **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); ciudad, editorial y año de publicación (si la edición consultada no es la primera, conviene indicarlo); página(s) de donde se tomó la cita.
  EJEMPLO:
  Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).
- **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); ciudad, editorial y 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*, San José: Unicef, 2000.
- **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*, n.º 34, Madrid, 1999.
- **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 mayor y menor); 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).
- 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*, San José: Unicef, 2000.

HOBBES, Thomas: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

LAURENZO COPELLO, Patricia: "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

- 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*. Se desaconseja la fórmula *Autores varios* por cuanto no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.